beck

ndekten

setzb.

F. enc.
o.
50 a
1

Von den Pandekten
zum
Bürgerlichen Gesetzbuch.

Eine dogmatische Einführung

in das

Studium des Bürgerlichen Rechts

von

Dr. jur. Ludwig Kuhlenbeck,
Rechtsanwalt in Jena.

Erster Theil.

BERLIN.
Carl Heymanns Verlag.
1898.

Gedruckt bei Julius Sittenfeld in Berlin W.

KÖNIGL. BAYER. BIBLIOTHEK BAMBERG

Verlags-Archiv 2836.

VORWORT.

Der ersten Hälfte dieses Theils wurde, um das Buch nicht gegen den nun einmal althergebrachten schriftstellerischen Brauch ohne jede Vorbemerkung in die Oeffentlichkeit zu schicken, ein kurzes Geleitwort beigegeben, das ein endgültiges Vorwort nach Abschluss des ersten Bandes in Aussicht stellte. Auch der Titel des Buches war ursprünglich nur als provisorischer gedacht. Heute, nach reiflicher Erwägung und Vergleichung meiner Arbeit mit den zahlreichen inzwischen erschienenen zusammenhängenden Darstellungen des vom B.G.B. gebotenen Rechtsstoffes sowohl als auch den Einzeldarstellungen bestimmter Abschnitte sehe ich keine Veranlassung, den Titel abzuändern. Er bezeichnet am besten die Tendenz meiner Arbeit, wie diese auch in dem kurzen Geleitwort und durch den meinem hochverehrten Lehrer Rudolf von Ihering entnommenen Wahlspruch schon hinreichend gekennzeichnet sein dürfte. Da jedoch diese, wenn man will, romanistische Tendenz, die meinen Versuch geleitet hat, sich wohl bewusst ist, auf eine zahlreiche Gegnerschaft zu stossen, da ihr auch, wie die Verhältnisse und die den sog. Zeitgeist darstellenden Stimmungen zur Zeit liegen, in absehbarer Frist noch keine bedeutende Bündnisskraft sich zur Seite stellen wird, erscheint es mir angemessen, den im Geleitwort angedeuteten Leitsätzen noch einige Rechtfertigungsgründe hinzuzufügen, umsomehr als die inzwischen von mir an der meines Erachtens allzu üppig ins Kraut schiessenden Schnell-Literatur auf dem Arbeitsfelde des bürgerlichen Rechtes gemachten Beobachtungen meine von Anfang an gehegten Befürchtungen bereits bewahrheitet

haben. Diese Befürchtungen gipfelten in der Besorgniss, die freilich in dem Geleitwort noch nicht deutlich genug zum Ausdruck gebracht sein dürfte, dass die bewusste Continuität der Geistesarbeit und die damit verbundene Entwicklung eines starken wissenschaftlichen Gewissens, die nach meiner Ueberzeugung den Lebensnerv jedes wahren wissenschaftlichen und praktischen Fortschrittes im völkischen und menschheitlichen Leben bildet, zeitweilig auf dem Gebiete des Privatrechts in Deutschland durch das neue B.G.B. in Frage gestellt werden kann. Man ist zwar über das römische Recht hinausgekommen, aber scheint zugleich — das Gedächtniss der grossen Masse ist kurz — vergessen zu wollen, dass der Weg durch das römische Recht hindurch geführt hat. Dieses schnelle Vergessen schmeichelt einem sich realistisch nennenden Zuge der Zeit, den bereits Schopenhauer (Parerga und Paralipomena II 260 u. 261) in der Mitte dieses Jahrhunderts als Beginn einer modernen Barbarei mit ebenso kräftigen wie tief empfundenen Worten beklagt hat. „Die Wissenschaften“, schreibt er, „haben eine solche Breite der Ausdehnung erlangt, dass, wer etwas „darin leisten“ will, nur ein ganz specielles Fach betreiben darf, unbekümmert um alles Andere. Alsdann wird er zwar in seinem Fache über dem Vulgus stehen, in allem Uebrigen jedoch zu demselben gehören. Kommt nun noch, wie heut zu Tage immer häufiger wird, die Vernachlässigung der alten Sprachen, welche halb zu lernen nichts hilft, hinzu, wodurch die allgemeine Humanitätsbildung wegfällt, so werden wir bald Gelehrte sehen, die ausserhalb ihres speciellen Faches wahre Ochsen sind. — Ueberhaupt ist so ein exclusiver Fachgelehrter dem Fabrikarbeiter analog, der sein Leben lang nichts Anderes macht, als eine bestimmte Schraube oder Haken, oder Handhabe zu einem bestimmten Werkzeuge, oder Maschine, worin er dann freilich eine unglaubliche Virtuosität erlangt. Auch kann man den Fachgelehrten mit einem Manne vergleichen, der in seinem eigenen Hause wohnt, jedoch nie herauskommt. In dem Hause kennt er Alles genau, jedes Treppchen, jeden Winkel und jeden Balken; etwa wie Victor Hugo's Quasimodo die Nôtre-Dame-Kirche kennt; aber ausserhalb desselben ist ihm Alles fremd

und unbekannt.“ „Schon dass in den 1830er Jahren das Corpus juris ins Deutsche übersetzt wurde, war ein unverkennbares Zeichen des Eintritts der Ignoranz in der Grundlage aller Gelehrsamkeit, der lateinischen Sprache, also der Barbarei“. —

Schon seit einem Jahrzehnt konnte ich, gelegentlich von oft nicht unbegabten jungen Leuten, die durch die Vorlesungen ihrer Professoren und Dozenten zum ersten juristischen Examen noch nicht genügend vorbereitet zu sein glaubten, um Nachhülfestunden angegangen, constatiren, dass die Beschäftigung mit dem Corpus juris bei der heranwachsenden Jugend für das überflüssigste Ding von der Welt gilt, und zwar leider hauptsächlich auch deshalb, weil sie nicht mehr genug Latein zu lernen scheinen, um es ohne Mühe und Qual lesen zu können.

Schon Schopenhauer sprach in dem citirten Paragraphen (S. 525 der Frauenstädt'schen Ausgabe) die Befürchtung aus, dass die Professoren, „da ihnen mehr an der Quantität, als an der Qualität der Studenten liege“, dem Verfall des Studiums der antiken Sprache, als der unentbehrlichen Vorbildung zu allen humanen Wissenschaften, nicht entgegentreten würden. In der That scheint die Exegese des Corpus juris kaum noch eine beachtenswerthe Rolle im juristischen Studium zu spielen. Da man ihre grosse mittelbare Bedeutung für die Ausbildung des juristischen Denkens verkennt, da sie keinen unmittelbar praktischen Zweck hat, ist sie schon längst auf unseren Universitäten nur stiefmütterlich gepflegt worden.

Durch die neue Studienordnung ist nun dieser „realistischen“ Anschauung leider ein officieller Stempel aufgeprägt worden. Die Schnellfabrikation auf dem Gebiete des sog. bürgerlichen Rechtes fin de siècle bewahrheitet auch im höchsten Maasse den von Schopenhauer gekennzeichneten Uebergriff des Fabriksystems auf das wissenschaftliche Gebiet. Im Vordergrunde stehen die zahlreich in Angriff genommenen Commentare, für welche sogar der im Fabriksystem so werthvolle Grundsatz der Theilung der Arbeit praktisch verwerthet wird; die damit verknüpfte Abschwächung persönlicher Autoren-Verantwortlichkeit kennzeichnet eine mechanische Auffassung der Arbeit, man trägt eben vielfach

nur nach Kärrnerart einen Ballast von Anmerkungen aus den Motiven und Protokollen und sonstigem „schätzenswerthen Material“ zusammen; ob dabei die Papierscheere und Kleister oder die Stahlfeder eine grössere instrumentale Bedeutung hat, ist gleichgültig. Fraglich ist nur, welchen Einfluss das Studium solcher Commentare, wenn sie überall „studirt“ werden, auf die Klarheit der im nächsten Jahrhundert das nobile officium des Richters ausübenden Juristen ausüben wird. Müssen wir nicht besorgen, eine richterliche Büreaukratie heranzubilden, die mit Hülfe sorgfältiger Register — die Sorgfältigkeit der Sach- und Wortregister spielt eine immer grössere Bedeutung im modernen Geisteshandwerk — aus der Tiefe umfangreicher Anmerkungen die überraschendsten Kadisprüche schöpfen werde? Den gekennzeichneten Commentaren sollen möglichst trocken und nüchtern gehaltene Lehrbücher zur Beschaffung der erforderlichen Gesammtübersicht, besonders für den Examenzweck zur Seite treten, die, wenn man das Gesetzbuch damit vergleicht, in der Regel nichts Anderes bieten, als dessen eigene Worte, nur mit Fortlassung der Absätze unter Einklammerung der Paragraphenzahlen. Bieten sie noch etwas mehr, so ist es eine kurze Vergleichung mit abweichenden Bestimmungen dieses oder jenes gerade vom Autor zum Ausgangspunkte genommenen Partikularrechts. Vorherrschend aber ist die Meinung, dass das neue B.G.B. rein aus sich selber d. h. allerhöchstens aus dem ihm voraufliegenden papiernen Arbeitsabfall (den Materialien) zu erklären sei.

Mit dieser Auffassung trifft theilweise zusammen ein ganz falscher Patriotismus, nämlich ein undeutscher, chinesischer, jener, von dem Schopenhauer a. a. O. sagt, dass er, „wenn er im Reiche der Wissenschaften sich geltend machen will, ein schmutziger Geselle ist, den man hinausweisen soll.“ Selbstverständlich ziele ich damit nicht auf diejenigen Germanisten, welche, wie beispielsweise Gierke in seinen geistvollen Kritiken zu den Entwürfen des B.G.B., der Ansicht sind, dass nunmehr endlich die Zeit gekommen sei, den Alp der materiellen Geltung des römischen Rechtes gründlich abzuschütteln und die etwa gewissen Gedanken des deutschen Rechtes durch die Auslegung des B.G.B. wieder zum Siege

verhelfen möchten, sei es auch über die von der Commission gedachte Tragweite hinaus. Aber die zur Zeit vorwiegende systematische, auch in den Einzeldarstellungen überwiegend hervortretende Bearbeitung des B.G.B. nach Art der kürzeren unhistorischen Compendien des sog. deutschen Privatrechts oder gar einzelner wissenschaftlich rückständiger Landesrechte ohne jede kritische Vergleichung und Construction der Begriffe und Institute kann ich unmöglich für ein Kennzeichen specifisch deutscher Rechtswissenschaftlichkeit gelten lassen; es ist Positivismus, aber Positivismus im ärmlichsten, schlechtesten Sinne, der das Gegebene als non plus ultra gesetzgeberischer Weisheit hinnimmt und dessen Gesichtskreis weder rückwärts noch vorwärts über die sog. Materialien hinausreicht. Ich bin persönlich weit entfernt, materiell das römische Recht für geschriebene Vernunft zu halten. Aber meine Besorgniss ist die, dass sich an Stelle der altersschwachen Scholastik, die sich der Reception des römischen Rechtes, begünstigt durch die zunächst vorwiegend philologische Aufgabe ihrer Arbeiten, an die Fersen geheftet hatte, und welche erst in unserem Jahrhundert durch Geister wie v. Savigny und v. Ihering im Begriffe war, überwunden zu werden und einer neuen wissenschaftlichen (historischen und philosophischen) Gestaltung des Rechtsstoffes Platz zu machen, eine neue zwar ganz modern gekleidete, aber noch viel ödere Scholastik schiebt, eine Scholastik, in die zwar auch von lateinlosen Realschulen ausgehende Streber leicht eingeweiht werden können, für die aber schliesslich der Text und die Papierabfälle der Commissionsarbeiten ebenso A und O des Denkens bilden wird, wie seiner Zeit das Corpus juris für die lateinischen doctores juris.

Freilich, wie jene alte Scholastik überwunden worden ist, so darf man hoffen, dass auch die sogar der philologischen Eleganz jener älteren entbehrende moderne, wenngleich sie im Keime nicht mehr zu ersticken ist, einmal ein überwundener Standpunkt sein wird. Sie ist es längst von dem Standpunkte derjenigen Auffassung des Rechts aus, die den rückwärts schauenden soliden Sinn der geschichtlichen Schule (Puchta-Savigny) vereinigt mit einem vorwärts schauenden offenen Blick für die Zwecke des Lebens, die festhält an der

bewussten Continuität der menschlichen Geistesarbeit und sowohl das einseitig national-beschränkte Vorurtheil als auch die fachmässige unphilosophische Vereinsamung der Privatrechtswissenschaft unter sich liegen sieht, vielmehr weiss, dass ihr Zweig nur dann neue Blüthen und Blätter treiben kann, wenn die Psychologie, die Ethik, die Nationalökonomie, die Sozialwissenschaft, die erst im Anfang ihrer Ausbildung stehende vergleichende Rechtswissenschaft ihm neue Säfte zuführt. Der Vorwurf der „Trockenheit“ sollte den Juristen längst daran erinnert haben, wo die Sünde seiner Vergangenheit liegt. Nicht Theilung der Arbeit, d. h. Isolirung der einzelnen Zweige des gemeinsamen Geisteslebens, sondern Combination der Arbeit ist das eigentlich primäre Gesetz jeder gedeihlichen Entwicklung, die Theilung der Arbeit ist ein erst durch dieses erste Gebot in gewissem, ganz anderem Sinne, als unsere Fabrikarbeiter glauben, gefordertes secundäres. Diese durch das Gebot der Combination der Kräfte geforderte Arbeitstheilung ist nun sowohl eine successive wie eine simultane. Damit will ich sagen, dass wir die von den Pandektisten und vor ihnen von den Römern geleistete Arbeit nicht für altes Eisen anzusehen haben, das nunmehr in die Rumpelkammer der blossen Rechtsgeschichte gehörte. Gewiss braucht das Corpus juris nicht mehr in dem Geiste studirt zu werden, in dem es der gemeinrechtliche Praktiker lesen musste. Aber gerade das ist ein Vorzug der Abschaffung seiner Gültigkeit als Gesetz, dass es nunmehr in einem freieren, besseren, vornehmeren Geiste studirt werden kann und soll. Die wissenschaftliche Quintessenz des Pandektenrechts gehört zu den in der successiven Arbeitstheilung der Wissenschaft errungenen *κτήματα εἰς ἀεὶ* — und jeder deutsche Jurist sollte daher nach meiner Ueberzeugung auch in Zukunft noch mit einigen Tropfen „romanistischen Oeles“ gesalbt sein.

In diesem Sinne habe ich den Versuch der vorliegenden Arbeit gewagt, ohne freilich ganz von dem Gefühle einiger Uebereilung verschont geblieben zu sein. Aber man möge das vielleicht verfrühte Bestreben, zur wissenschaftlichen Verdauung, Systematisirung und Kritisirung des spröden Materials, das in meinen Augen allerdings keine klassische

Leistung, kein κτῆμα εἰς ἀεὶ ist, einen schwachen Anfang gemacht zu haben, mit dem Satze entschuldigen: Ut desint vires, tamen est laudanda voluntas. Ferner: Est periculum in mora, et videant consules, ne fiat aliquod detrimentum reipublicae.

Auffällig wird es vielleicht erscheinen, dass gerade ein Praktiker sich an diesen Versuch gewagt hat. Dem gegenüber erkläre ich, dass ich gerade für Praktiker in erster, ja einziger Hinsicht schreibe. In meinen Augen ist der Praktiker oder soll wenigstens der Praktiker am allerwenigsten ein Banause, ein blosser Handwerker mit Paragraphen und Anmerkungen sein. Nichts verträgt Trennung von Wissenschaft und Praxis weniger, als das Recht. Die Jurisprudenz ist eine praktische Wissenschaft und wissenschaftliche Praxis κατ' ἐξοχήν. Vergisst sie dies jemals, so wird der in unserem Jahrhundert schon so oft vernommene Ruf nach Verdrängung des gelehrten Richterthums und der gelehrten Anwaltschaft durch Laien noch in viel weiterem Umfange Erhörung finden müssen, als er es nach meiner Ansicht vielfach zum Nachtheil der Gerechtigkeitspflege bereits gefunden hat. Gerechtigkeit ist vielleicht die schwerste aller menschlichen Tugenden, aber sie wird in höchstem Maasse erleichtert nur durch den wissenschaftlichen Geist, den Geist der Objectivität, der in der einzelnen Sache nichts als die Objectivation einer allgemeinen Idee erkennt, der „Erkenntnisse“, nicht blosse subjective Urtheile fällt und fällen kann, weil er von einem höheren, idealen Standpunkte aus, nicht vom gleichen Niveau aus wie der Laie, die Sache übersieht. Auffallen wird vielleicht an meiner Arbeit die Bevorzugung v. Ihering'scher Gedanken und Anschauungen. Allerdings halte ich v. Ihering für denjenigen grossen Juristen unseres Jahrhunderts, der die Quintessenz des römischen Rechts, dasjenige, was im Pandektenrecht zum Gemeingut aller Rechtslehre gehört, bislang am besten zu klären verstanden hat; ein Buch, wie v. Ihering's Geist des römischen Rechts könnte zur Grundlage des modernen Studiums des römischen Rechts an Stelle der bisherigen auf den unmittelbar praktischen Zweck der Kenntniss des sog. gemeinen Rechtes zugespitzten Pandektenvorlesungen gemacht werden.

Wünschenswerth wäre es freilich, wenn ihm von berufener germanistischer Seite ein „Geist des deutschen Rechts“, nicht der „Geist des B.G.B.“ zur Seite gestellt würde. Vielleicht würde sich dann herausstellen, dass der Geist des einen den des andern durchaus nicht zu verneinen braucht, dass vielmehr, wie unsere Kunst und unsere Literatur, so auch unsere Rechtsbildung und Rechtswissenschaft nach dem Gesetze der Continuität des Geisteslebens nur durch die bewusste Aneignung der Errungenschaften anderer Culturvölker sich vervollkommnet hat und ferner vervollkommnen kann.

„Wenn das von den Römern ausgebildete Recht sich nach und nach über alle civilisirten Nationen verbreitet hat“, sagt Hermann Lotze in seinen Vorlesungen über praktische Philosophie § 62, „so liegt der dadurch erlangte Gewinn nicht so sehr in dem Inhalt der einzelnen Rechtssätze, von denen manche den neuen Verhältnissen nicht genügen, sondern in diesem Geiste der Rechtswissenschaft, welcher jede Entscheidung nach Maassgabe allgemeiner Begriffe sucht, die sich, von allen fremdartigen Rücksichten abgetrennt, lediglich aus der Natur der behandelten Verhältnisse ergeben.“ Dass dieser Geist der Rechtswissenschaft die Bildung am Pandektenrecht nicht entbehren kann, beweist der Umstand, dass das Studium des römischen Rechts auch in Ländern, die, wie England z. B., das römische Recht niemals materiell recipirt haben, für die beste wissenschaftliche Propädeutik des Juristen gegolten hat und noch gilt.

Zum Schluss noch eine Bemerkung über die Form meiner Darstellung. Wenn derselben, da sie nicht in der schwerfälligen gelehrten Rüstung der bislang üblich gewesenen Pandektenlehrbücher einherschreitet, ein „feuilletonistischer“ Charakter zugeschrieben worden ist, so acceptire ich dies nicht als einen Tadel, sondern als ein Compliment. Meine Arbeit soll durchaus kein „Lehrbuch“ oder „Compendium“ des bürgerlichen Rechtes sein, ihr Zweck ist reichlich erfüllt, wenn sie zum Studium des B.G.B. in dem vorstehenden Geiste anregt, ohne zu ermüden.

Jena, im December 1897.

L. Kuhlenbeck.

Inhalts-Uebersicht.

I. BUCH.

Allgemeiner Theil.

Erster Abschnitt.

Die Rechtsnormen des bürgerlichen Rechts.

Seite

§ 1. Die Begriffe Privatrecht, Pandektenrecht, bürgerliches Recht . . 1

§ 2. Das Recht der äusseren Autorität: Gesetz, Gewohnheitsrecht, Staatsvertrag als Privatrechtsquelle 8

§ 3. Autonomie . 12

§ 4. Die Auslegung des Gesetzes, Analogie und das Recht der Wissenschaft oder der inneren Autorität 16

§ 5. Die verbindende Kraft der Rechtsnormen in intensiver Beziehung. Zwingendes, subsidiäres und hypothetisches Recht 27

§ 6. Verbindende Kraft der Norm in extensiver Beziehung.
I. Zeitliche Herrschaft der Rechtsnormen. Uebergangsbestimmungen des Einführungsgesetzes. Authentische Interpretation 33

§ 7. Verbindende Kraft der Norm in extensiver Beziehung.
II. Räumliche Herrschaft der Rechtsnormen (Sog. Statutencollision und internationales Privatrecht) 46

Zweiter Abschnitt.

Allgemeine Theorie der Rechte.

§ 1. Begriff und Natur des Rechts im subjectiven Sinne 67

§ 2. Das Rechtssubject. Recht der Persönlichkeit. Rechtsfähigkeit und Handlungsfähigkeit 74

§ 3. Das Ende der Persönlichkeit. Lebensvermuthung und Todeserklärung. Vermuthung früheren Todes. Beurkundung des Personenstandes 84

Seite
§ 4. Die Handlungsfähigkeit (Geschäftsfähigkeit) und ihre Beschränkungen. Altersstufen. Volljährigkeitserklärung 97
§ 5. Geisteskrankheit. Geistesschwäche. Verschwender. Trunksucht. Entmündigung 116
§ 6. Körperliche Gebrechen 132
§ 7. Geschlechtsunterschied 133
§ 8. Einfluss des religiösen Bekenntnisses, des Standes und der Staatsangehörigkeit 135
§ 9. Wohnsitz . 139
§ 10. Privatrechtliche Bedeutung der Ehre 144
§ 11. Das Recht am Namen 147
§ 12. Verwandtschaft. Schwägerschaft. Hausunterthänigkeit . . . 156

Dritter Abschnitt.

Juristische Personen.

A. Allgemeines.

§ 1. Begriff, Wesen und Arten der juristischen Personen 169

B. Die Rechtsstellung der juristischen Person (nach Aussen).

§ 2. Die Rechtsfähigkeit der juristischen Person 179
§ 3. Handlungsfähigkeit (Geschäfts- und Delictsfähigkeit) der juristischen Personen 185

C. Die universitas personarum.

§ 4. Die Rechtsfähigkeit der Vereine 193
§ 5. Verfassung der Vereine 199
§ 6. Untergang der Corporationen (Entziehung der Rechtsfähigkeit und Auflösung. Schicksal des Vermögens einer untergegangenen Corporation. Liquidation) 220
§ 7. Nicht rechtsfähige Vereine 239

D. Universitas bonorum: Stiftungen.

§ 8. I. Allgemeines, Unterschied der unselbständigen und selbstständigen Stiftungen (Anstalten) 244
§ 9. II. Die Begründung der Stiftung 249
§ 10. Die Verfassung der Stiftung 256
§ 11. Umwandlung des Zwecks der Stiftung und Untergang . . . 260

Vierter Abschnitt.

Sachen (Rechtsobjecte).

§ 1. Körperliche und unkörperliche Sachen, einheitliche und zusammengesetzte Sachen 263
§ 2. Unbewegliche und bewegliche Sachen 270
§ 3. Bestandtheile (rechtliche Theilbarkeit), Zubehör, Früchte, Nutzungen und Lasten einer Sache 274

Seite

§ 4. Gegensatz der individuell und generisch bestimmten Sachen. Fungible (vertretbare) und verbrauchbare Sachen 284
§ 5. Geld und Werthpapiere 288
§ 6. Res extra commercium. Verkehrsunfähige Sachen 304

Fünfter Abschnitt.

Die Entstehung und Endigung der Rechte.

§ 1. Allgemeines (Die juristischen Thatsachen, originärer und derivativer Erwerb, Erlöschen der Rechte, Veräusserung, Verzicht) . 304
§ 2. Das Rechtsgeschäft. Hauptarten der Rechtsgeschäfte. Ideale Concurrenz der Rechtsgeschäfte 316
§ 3. Ungültigkeit (Nichtigkeit und Anfechtbarkeit) der Rechtsgeschäfte, Convalescenz, Simultaneität des Thatbestandes, Bestätigung . 324
§ 4. Der rechtsgeschäftliche Wille. Verhältniss desselben zu den Bestandtheilen des Rechtsgeschäftes. Bedeutung der Motive . 334
§ 5. Die Erklärung des rechtsgeschäftlichen Willens. Sog. stillschweigende Erklärung. Vorbehalt, geheimer und ausdrücklicher 341
§ 6. Das Zustandekommen des zweiseitigen Rechtsgeschäfts (Vertragsschluss). Antrag und Annahme. Unterschied des Antrags von der Aufforderung zum Contrahiren. Tod und Geschäftsunfähigkeit des Antragstellers 346
§ 7. Die Versteigerung 356
§ 8. Die Bedingung (I. Praktische Bedeutung der Bedingung im weitesten Sinn. Technischer Begriff. Gegensätze. Spielraum der Bedingung) 358
§ 9. II. Die Suspensivbedingung. Gebundenheit pendente conditione, die Frage der rückwirkenden Kraft des Eintritts der Bedingung 365
§ 10. Die Resolutivbedingung 373
§ 11. Beweislast bei der Bedingung 378
§ 12. Zeitbestimmung (dies) 379
§ 13. Modus (Auflage) und Voraussetzung 383
§ 14. Uebereinstimmung zwischen Wille und Erklärung 390
§ 15. Bewusste Incongruenz zwischen Wille und Erklärung. Scherz. Scheingeschäft. Simulation. Das fiduciarische Rechtsgeschäft . 393
§ 16. Unbewusste Incongruenz zwischen Wille und Erklärung. Irrthum im uneigentlichen (weiteren) Sinne (Versehen) 402
§ 17. Irrthum im engeren Sinne und Unwissenheit. Unterschied zwischen factischem Irrthum und Rechtsirrthum 415
§ 18. Der Irrthum in den Motiven (Beweggründen). Irrthum über Eigenschaften (sog. error in substantia). Probabilität und Entschuldbarkeit des Irrthums im Motive 421
§ 19. Dolus im engeren Sinne (Verkehrsdolus. Arglistige Täuschung) 434
§ 20. Absoluter und compulsiver Zwang (Erpressung) bezw. „Drohung“ des Bürgerlichen Gesetzbuchs 447

Seite

§ 21. I. Theilnahme Anderer am Rechtsgeschäft. Allgemeiner Begriff der Stellvertretung.
II. Gesetzliche und rechtsgeschäftliche Stellvertretung . . . 462
§ 22. Die directe (offene, unmittelbare) Stellvertretung. Die subjectiven Momente. Passive und active Vertretung. Vollmacht. Falsus procurator. Das Contrahiren mit sich selbst. §§ 164 bis 176, § 181 B.G.B. 471
§ 23. Der Bote und Empfangsbevollmächtigter 508
§ 24. Indirecter oder mittelbarer (stiller) Stellvertreter oder Ersatzmann . 512
§ 25. Verträge zu Gunsten Dritter 518
§ 26. Blosse Reflexwirkungen subjectiver Rechte zu Gunsten Dritter 527

Sechster Abschnitt.

Ausübung und Schutz der Rechte.

§ 1. Ausübung der Rechte. Chikaneverbot 529
§ 2. Schutz der Rechte durch Selbsthülfe. Nothwehr. Nothstand. Eigenmacht oder Selbsthülfe im engeren Sinne 533
§ 3. Der Schutz der Rechte durch Klage. Begriff der actio im materiellen Sinne. Das Actionensystem. Begriff des Anspruchs 549
§ 4. Sog. Concurrenz der Klagen (Mehrheit von Klagrechten und Klaggründen) . 554
§ 5. Exceptio (Einrede) im materiellen und processualen Sinne . . 557
§ 6. Verjährung des Klagrechts (Anspruchsverjährung) 561
§ 7. Sicherheitsleistung 577

Sachregister . 583

Verzeichniss der Abkürzungen.

B.G.B. = Bürgerliches Gesetzbuch.
C.P.O. oder R.C.P.O. = Deutsche Civilprozessordnung vom 30. Januar 1877.
H.G.B. = Deutsches Handelsgesetzbuch.
R.C.O. oder C.O. = Deutsche Concursordnung vom 10. Februar 1877.
R.G. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen (herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofs).
Seuffert = Seufferts Archiv für Entscheidungen.
Die wichtigeren Handbücher der Pandekten und des deutschen Privatrechts sind bloss mit den Namen der Verfasser bezeichnet.
Sind Paragraphen ohne weiteren Zusatz allegirt, so sind es solche des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Druckfehler-Berichtigung.

Seite 1 Zeile 6 statt „Justianeischen“ lies: Justinianeischen.
Seite 83 Zeile 11 statt „und der Fähigkeit“ lies: Aber beseitigt ist die Unfähigkeit, u. s. w. Vergl. S. 134.
Seite 162 Zeile 17 statt „salo granis“ lies: grano salis.

I. Buch.

Allgemeiner Theil.

Erster Abschnitt.

Die Rechtsnormen des bürgerlichen Rechts.

§ 1.

Die Begriffe Privatrecht, Pandektenrecht, bürgerliches Recht.

Literatur: Die Pandektenlehrbücher. Ferner: Endemann-Gareis, Einführung in das Studium des B.G.B. f. d. Deutsche Reich. 2. Aufl. Berlin 1896. Merkel, Juristische Encyklopädie §§ 84–98. Neuner, Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse, Kiel 1862 (§ 2). Thon, Rechtsnorm und Subjektives Recht. Weimar 1878.

1. Pandektenrecht ist Privatrecht, genauer das gemeine Privatrecht römischen Ursprungs. Es ist üblich geworden, letzteres schlechtweg Pandektenrecht zu nennen, *quia denominatio fit a potiori*, weil die Digesten oder Pandekten d. h. der aus den Excerpten der wissenschaftlichen römischen Rechtsliteratur bestehende Theil der Justianeischen Codifikation von jeher den bedeutsamsten Theil des sog. *corpus juris* gebildet hat. In Zukunft wird dies noch weit mehr der Fall sein, die Pandekten werden nach Beseitigung ihrer unmittelbar praktischen Geltung in den heute noch sog. gemeinrechtlichen Rechtsgebieten sowohl als juristisches Bildungsmittel überhaupt als auch praktisch als Hülfsmittel zur Auslegung des Bürgerlichen Gesetzbuchs eine grosse Bedeutung bewahren,

während der Codex und die Novellen mehr in den Hintergrund rein rechtsgeschichtlicher Betrachtung und Würdigung treten müssen. Eine gründliche wissenschaftliche Verarbeitung des im Bürgerlichen Gesetzbuch neu codifizirten gemeinen Privatrechts ist nur auf der Grundlage des Pandektenrechts, des gemeinsamen Mutterbodens jedes wissenschaftlichen Privatrechts möglich.

2. Die Pandekten definiren den Begriff des Privatrechts in *l.* 181 *D. de justitia et jure* I 1 (*Ulpianus*) als *jus, quod ad singulorum utilitatem spectat* (im Gegensatz zum *jus publicum, quod ad statum rei Romanae spectat*): *sunt enim quaedam publice utilia quaedam privata.*

Obwohl diese Definition kein zuverlässiges Kriterium bietet, um mit ihrer Hülfe in allen Fällen ohne Weiteres die privatrechtliche Natur eines objektiven Rechtssatzes oder eines subjektiven Rechts festzustellen, ist es der Wissenschaft doch nicht gelungen, ein bestimmteres Kriterium zu entdecken. Allgemeinbegriffe dieser Art lassen sich eben am schwersten definiren. „Der Allgemeinbegriff gilt uns nur als Denkform, welche ihren Inhalt, von irgend welchem Standpunkte aus, so auffasst, dass aus dieser Auffassung Folgerungen zu ziehen sind, welche an bestimmten Punkten richtig wieder mit dem zusammentreffen, was aus diesem Inhalt selbst, aus der Sache selbst fliesst; nach der Wahl jener Standpunkte, für deren jeden sich die Sache anders projizirt, kann es daher verschiedene gleich richtige und gleich fruchtbare logische Begriffe desselben Gegenstandes geben". (Lotze, Logik S. 48.) Thon, Rechtsnorm und Subjektives Recht, S. 108—146, kommt zu dem Resultate, dass es nur ein formelles Kriterium für den Begriff des Privatrechts gebe, er nennt privatrechtliche Normen diejenigen, deren Uebertretung für den in seinem Interesse Verletzten einen Privatanspruch begründe. v. Ihering, Geist des römischen Rechts III § 61, bezeichnet dies Kriterium als „Selbstschutz des Interesses". Aber praktisch wird sich das Interesse an der Unterscheidung des Privatrechts immer gerade um die Frage drehen, ob eben im einzelnen Falle ein Privatanspruch, ein Selbstschutz des Interesses gegeben ist oder nicht, ob z. B. der Rechtsweg zulässig ist

oder nicht. Da kann dann jene rein formelle Definition nichts nützen. Der Anspruch ist nur ein *Criterium ex consequentia*, das wirklich entscheidende Moment ist doch die materielle Würdigung des Interesses. Nun lehrt die Rechtsgeschichte, dass die Werthung eines Interesses als blossen Sonderinteresses flüssig ist und vielfach der öffentlichen Interessenschätzung weicht und umgekehrt; z. B. sind zahlreiche *delicta privata* des älteren Rechts jetzt *publica*. Einen so historisch wandelbaren Begriff inhaltlich festlegen zu wollen, ist vergebliches Bemühen. Inhaltlich genau wird die Definition des Privatrechts nur durch die systematische Darstellung aller zur Zeit der Privatrechtsverfolgung überlassenen Ansprüche und hierauf bezüglichen Normen erschöpft. Dabei ist die Verfolgbarkeit im eigentlichen Civilprozesse nicht ausschliesslich massgebend; privatrechtlicher Natur ist auch der Anspruch auf Busse, den der Nebenkläger im Strafprozess erhebt, privatrechtlicher Natur sind viele Ansprüche, die nur im Verwaltungsstreitverfahren oder vor einem der zahlreichen Sondergerichte erhoben werden können. Auch giebt es zahlreiche Rechtsnormen, die einen gemischten, sowohl öffentlich- wie privatrechtlichen Charakter tragen (z. B. im Privatfürstenrecht). Auf keinen Fall ist Privatrecht mit Vermögensrecht zu identifiziren; es giebt zahllose Privatrechtsansprüche, die keinen Vermögenswerth repräsentiren.

3. Das Bürgerliche Gesetzbuch will das bisherige Landesprivatrecht in seiner Gesammtheit aufheben, soweit nicht es selber oder sein Einführungsgesetz (Art. 56—152) Vorbehalte macht.

Hiernach kann zunächst die Frage praktisch werden, ob eine landesgesetzliche Bestimmung privatrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Natur ist. Sofern nun das oben erwähnte alte Eintheilungsprinzip Ulpians zur Entscheidung dieser Frage noch kein genügendes Kriterium bietet, muss in erster Linie der Standpunkt des Bürgerlichen Gesetzbuches selber entscheiden; dasselbe will lediglich eine Codifikation des Privatrechts darstellen: alle Materien also, die es behandelt und, sei es auch nur theilweise, regelt, sind Privatrechte.

Sodann entscheidet das in Frage kommende Landesrecht

in zweiter Linie, subsidiär; eventuell ist zu prüfen, ob nach dem Standpunkte der herrschenden Wissenschaft und Gesetzgebungstendenz in der fraglichen Rechtsmaterie der privatrechtliche oder öffentliche Interessenstandpunkt vorwiegt.

4. Den wissenschaftlichen Gegensatz zum Landesrecht oder Particularrecht bildete bislang das gemeine Recht im Sinne der Pandektenwissenschaft.

Die Pandektenwissenschaft spricht von gemeinem Recht in doppelter Hinsicht. Einmal bezeichnet *jus commune* den Gegensatz zum *jus singulare* (Ausnahmerecht). Gemeines Recht in diesem inhaltlichen Sinne ist zwar nicht ein aus allgemeinen philosophischen Prinzipien deduzirbares, wohl aber ein den Grundsätzen des in Frage kommenden Rechtsgebiets und ihrem systematischen Zusammenhange (*ratio et tenor juris*) entsprechendes Recht. Es wäre besser, diesen Gegensatz als den des normalen und anormalen Rechtes zu bezeichnen.

Dagegen bezieht sich die andere Bedeutung des Adjektivs „gemein" auf die räumliche Geltung der Rechtsnorm innerhalb eines als Ganzen von seinen Theilgebieten unterschiedenen Staatsgebietes und sein Gegensatz ist hier das particuläre. Ein essentielles Begriffsmoment für diesen Begriff des gemeinen Rechts ist aber das Vorhandensein einer gemeinsamen Rechtsquelle im Sinne eines rechtserzeugenden Faktors (nicht einer Fundquelle). Gesetzlich gemeines Recht kann daher nur in einem Einheits- oder Bundesstaat, nicht in einem blossen Staatenbunde entstehen. Hierdurch unterscheidet sich das gemeine Recht von einem bloss gemeinsamen, das auch innerhalb eines blossen Staatenbundes, ja überhaupt auch innerhalb eines Complexes ganz selbständiger Staaten entstehen kann. Daher galt das Deutsche Handelsgesetzbuch bis zur Entstehung des Norddeutschen Bundes bezw. des Deutschen Reichs nur als allgemeines, nicht als gemeines Recht. Die gesetzliche Rechtsquelle kann aber durch die gewohnheitsrechtliche ersetzt werden, und letztere ist nicht an die Grenzen eines Staates gebunden, ja nicht einmal an die einer Nationalität, wie es denn zweifellos auch ein gemeines Gewohnheitsrecht im Völkerrecht giebt.

Generell versteht man also unter gemeinem Recht für

ein in Theilgebiete zerlegbares Rechtsgebiet die von einem einheitlichen zentralen rechtserzeugenden Faktor ausgehenden Normen, während Particularrecht diejenigen Normen sind, die von den autonomen rechtserzeugenden Faktoren der Theilgebiete ausgehen. Das Rangverhältniss der zentralen und partikulären Rechtsquellen kann nun ein zweifaches sein. Als das natürlichste wird es erscheinen, dass das gemeine Recht dem particulären vorgeht, letzteres also nur in die vom gemeinen Recht gelassenen Lücken ergänzend eintritt, mit einem Worte, dass das gemeine Recht absolut, das particuläre subsidiär ist. Allein im heiligen römischen Reiche deutscher Nation war leider, eine Folge des übermässig dezentralistisch ausgearteten deutschen Stammes- und Sonderbewusstseins, das umgekehrte Rangverhältniss zur Anerkennung gelangt, das sich in dem Spruche ausdrückte: Willkür bricht Stadtrecht, Stadtrecht bricht Landrecht, Landrecht bricht gemeines Recht.

Das Pandektenrecht wurde durch einen gemeinsamen, rechtserzeugenden Faktor, nämlich durch Rezeption auf gewohnheitsrechtlichem Wege, somit das subsidiär gemeine Privatrecht des alten deutschen Reichs.

Mit der Auflösung des alten Reichs musste die Frage entstehen, ob das Pandektenrecht diesen Charakter eines subsidiär gemeinen Rechts durch den Fortfall jeder einheitlichen Gesetzgebungsgewalt eingebüsst habe. Die Frage hatte zwar nur ein theoretisches Interesse. Die Mehrheit der Theoretiker und Praktiker verneinte sie und fuhr fort, nach wie vor vom Pandektenrecht als vom gemeinen Recht zu reden, indem man auch hier den Grundsatz zur Anwendung brachte: *cessante causa non cessat effectus*; da überdies ja die gemeinsame Quelle des Gewohnheitsrechts, dem man die Rezeption des römischen Rechts verdankte, vom Fortbestande des Staatsverbandes nicht abhängig ist und in der That auch ein gemeinsames gewohnheitsrechtliches lebendiges Band der Wissenschaft und Praxis als Juristenrecht nach wie vor die deutschen Rechtsgebiete des römischen Rechts umschlungen hielt, so hatte man ein gewisses Recht dazu.

5. In dem neuen deutschen Reich ist aber das Verhältniss

des gemeinen zum Particularrecht ein anderes. Art. II der Reichs-Verfassung sanktionirt den Grundsatz, dass Reichsgesetze den Landesgesetzen vorgehen. Das gemeine Recht des Deutschen Reichs ist jetzt absolut, das Particularrecht subsidiär. Die Gesetzessprache des neuen Reichsrechts bezeichnet das Particularrecht, das Sonderrecht der einzelnen Bundesstaaten, durchweg als Landesrecht, Landesgesetze; sie kennt kein älteres neben diesem Landesrecht existirendes gemeines Recht. Daraus erhellt, dass im Sinne der Gesetze des Deutschen Reichs das Pandektenrecht oder das bis dahin sog. gemeine römische Recht unter die Particularrechte oder Landesgesetze bzw. Landesrechte zählt.

Es unterliegt hiernach nicht dem mindesten Zweifel, dass mit dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches am 1. Januar 1900 das Pandektenrecht sowohl als Landesrecht wie auch als sog. subsidiär gemeines Recht in denjenigen deutschen Ländern, in denen es bis dahin noch als solches galt und nicht schon durch Particulargesetz aufgehoben war, vollständig beseitigt wird.

6. Dennoch werden einzelne Bestimmungen des Pandektenrechts als Landesprivatrecht nach wie vor in diesen Landestheilen gültig bleiben, soweit sie eben bis 1900 noch nicht durch neuere landesgesetzliche Bestimmungen verdrängt sein werden.

Als solche landesgesetzliche Vorschriften, die nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch unberührt bleiben, kommen in Frage erstens nach Art. 65 des Einführungsgesetzes dem Wasserrecht angehörige Normen, sowie Vorschriften der Bewässerung und Entwässerung der Grundstücke, also etwa *actio aquae pluviae arcendae*, ferner die Normen des römischen Rechts über Alluvionen (Anlandungen), *insula in flumine nata* und *alveus relictus* (entstehende Inseln und verlassene Flussbetten). Ferner nach Art. 124 der Einf.-Ges. die nachbarrechtlichen Vorschriften, welche das Eigenthum an Grundstücken noch anderen, als den im Bürgerlichen Gesetzbuch bestimmten Beschränkungen unterwerfen; „dies gilt insbesondere von den Vorschriften, nach welchen Anlagen, sowie Bäume und Sträucher nur in einem bestimmten Abstande von der Grenze gehalten werden dürfen;“

also beispielshalber *l.* 17 *pr. D. si serv.* VIII. 5. (Ausweichen der Nachbarwand bis auf $^1/_2$ Fuss) und *l.* 13 *D. finium regundorum* 10, 1, wonach bei Erbauung eines neuen Gebäudes eine Entfernung von 2 Fuss von der Grenze beobachtet werden muss; letzteres wenigstens für die Provinz Hannover nach dem Präjudiz der K.O.A.G. Celle vom 8. I. 1845. Dagegen sind die gemeinrechtlichen Vorschriften über den Ueberhang, das *interdict. de glande legenda* und den Nothweg durch Regelung im B.G.B. §§ 910, 911, 917 beseitigt.

[Der § 912 hat die gedachte *l.* 13 *pr. D.* 10, 1 nicht beseitigt, da er sich nur auf die Rechtsfolgen des Ueberbaues, statt der *actio negatoria* Entschädigung bei blosser *culpa levis*, bezieht. —]

Die meisten übrigen vorbehaltenen Bestimmungen des früheren gemeinen deutschen Privatrechts sind nicht römischrechtlichen, sondern deutsch-rechtlichen Ursprungs, also hier nicht zu behandeln.

Eine andere Stellung als zu dem bisherigen Landesprivatrecht, also auch zu dem Pandektenrecht nimmt das neue Bürgerliche Gesetzbuch zu dem sog. Reichscivilrecht, d. h. dem seit Begründung des neuen Reichs durch Reichsgesetze begründeten Privatrecht, wie wir es beispielsweise von v. Mandri in dem systematisch gründlichen Buche: Der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze verarbeitet finden.

Das Reichscivilrecht bleibt bestehen, soweit nicht ausdrücklich aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch oder dem Einführungsgesetze sich die Aufhebung ergiebt.

Wir schliessen diesen Paragraph mit dem Bemerken, dass durch die Gesetzessprache des Bürgerlichen Gesetzbuches nunmehr für Privatrecht der Ausdruck „bürgerliches Recht" eingeführt worden ist. Obgleich diese sprachliche Neuerung, die schon in anderen Reichsgesetzen, z. B. § 13 des Gerichtsverfassungsgesetzes vorkommt, eine etwas plumpe Uebersetzung des französischen *droit civil, code civile* u. s. w. mit Recht von Sprachkennern beanstandet worden ist, können wir uns ihr nunmehr im praktischen Leben nicht mehr entziehen.

§ 2.

Das Recht der äusseren Autorität: Gesetz, Gewohnheitsrecht, Staatsvertrag als Privatrechtsquelle.

Literatur: Brinz, Pandekten §§ 18—21. Dernburg, Pandekten. Windscheid, Pandekten §§ 14—18. Wächter, Pandekten § 14.

Merkel, Encyklopädie § 102 ff. und die dort angegebene Spezialliteratur. v. Ihering, Geist des römischen Rechts I. (3. Aufl.) S. 28 ff. II. S. 334 ff.

Recht im objektiven Sinne ist die vom Staate mittels des Zwanges gehandhabte äussere Ordnung des Lebens.

Der Staat kann eine Anordnung für einen concreten Fall, für ein concretes Verhältniss aufstellen, z. B. die Thronfolge in einem besonderen Fall bestimmen, Individualgesetz. Er kann aber auch, und dies geschieht in der Regel, abstracte Normen aufstellen, und letztere sind die Gesetze im weiteren Sinn.

„In der allgemeinen Bedeutung einer Regel ist alles Recht Gesetz“, sagt Brinz, Pand. § 18.

Diesem Sprachgebrauch folgt auch das Bürgerliche Gesetzbuch, vergl. Einführungsgesetz Art. 2:

„Gesetz im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs und dieses Gesetzes ist jede Rechtsnorm.“

Auch in früheren Reichsgesetzen, z. B. Einf.G. zur C.P.O. § 12, zu K.O. § 2, zur St.P.O. § 7 war der Ausdruck in diesem weiteren Sinne schon zur Anerkennung und Verwendung gelangt. Die Motive zum B.G.B. I S. 2 bemerken: „Massgebend ist vornehmlich das Bedürfniss gewesen, welches sich nach einem einheitlichen, umfassenden Ausdrucke für die vielfach in Bezug zu nehmenden, auf verschiedenen Rechtsquellen beruhenden Sätze des materiellen Landesrechts geltend gemacht hat.“ [1])

1. Gesetz im engeren technischen Sinne dagegen ist die durch absichtliche, bewusste Satzung seitens der Staatsgewalt geschaffene Rechtsnorm.

[1]) Vergl. R.G. XIII S. 215. Gesetz im Sinne des § 511 C.P.O. ist „jede nach den Grundsätzen des öffentlichen Rechts des Deutschen Reichs und seiner Mitgliedstaaten geschaffene Norm des objektiven Rechts“.

Noch enger ist der hier, im Civilrecht nicht interessirende technische Begriff des Gesetzes im Sinne des Staatsrechts, besonders des konstitutionellen Staatsrechts. Letzteres unterscheidet Gesetze, d. h. Anordnungen, die nur unter Mitwirkung der sog. gesetzgebenden konstitutionellen Faktoren entstehen können, von Verordnungen, die von delegirten Organen des Staats erlassen werden können.

Schon das römische unserem „Gesetz“ entsprechende Wort *lex* hatte diesen weiteren und engeren Sinn; ursprünglich bezeichnete *lex* bloss das vom ganzen Volke in den Centuriatkomitien angenommene Gesetz, später auch die Plebiszite, endlich in den Pandekten alles, *quod legis habet vigorem*, nämlich Senatusconsulte, *constitutiones principum*, und Gewohnheitsrechte.

Der civilrechtliche Begriff des Gesetzes umfasst also zweifellos auch blosse Verordnungen; es müssen aber Rechtsverordnungen, nicht blosse Verwaltungsverordnungen sein.[1])

2. Neben dem civilrechtlichen Gesetz im engeren Sinne als der bewussten Satzung tritt das Gewohnheitsrecht.

Der erste Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs wollte gewohnheitsrechtliche Normen nur insoweit anerkennen, als das Gesetz ausdrücklich darauf verweisen würde. In der endgiltigen Fassung des Gesetzes ist man in besserer Erkenntniss der wissenschaftlichen Natur des Gewohnheitsrechts davon zurückgekommen: das Bürgerliche Gesetzbuch giebt keinerlei Vorschriften über das Gewohnheitsrecht. Zweifellos begreift es die gewohnheitsrechtlichen Normen mit unter dem Ausdruck Gesetz.

Ob und unter welchen Umständen Gewohnheitsrecht entsteht, bleibt also nach wie vor der Wissenschaft und Praxis überlassen. Die Wissenschaft und Praxis aber hat sich in dieser Hinsicht, wenn auch in freier philosophisch-kritischer Haltung, an dem Pandektenrecht entwickelt. Wir geben im folgenden in kurzgefasster dogmengeschichtlicher Entwicklung den gegenwärtigen Standpunkt der Wissenschaft.[2])

[1]) Vergl. über diesen Gegensatz Laband, Staatsrecht I § 58, Entsch. des R.G. XIX 20. IX S. 261. XXII S. 254. XXVIII 300. des Verf. „Rechtsprechung des R.G.“ I S. 3 ff.

[2]) Literatur: Puchta, das Gewohnheitsrecht, 2 Theile (1828, 1837). Savigny, System I. 48 ff. G. Beseler, Volksrecht und Juristen-

Die Theorie der Glossatoren und Postglossatoren lief auf folgende zwei Sätze hinaus: 1. das Gewohnheitsrecht entsteht durch Gewohnheit. 2. Seine Geltung ist bedingt durch stillschweigende gesetzliche Genehmigung. Man bezeichnet diese Theorie wohl als Gestattungstheorie.

Ihr setzten schon einige Theoretiker gegen Ende des Mittelalters, besonders aber die vom philosophischen Naturrecht beeinflussten Dogmatiker des vorigen Jahrhunderts die Willens- oder Consensual-Theorie entgegen, anknüpfend an *l.* 32 *D. de legibus* I, 3. *Consuetudo non fit sine consensu.* In Fortbildung dieser Theorie unter eingehenderer Würdigung der grossen historischen Bedeutung des Gewohnheitsrechts gelangte dann Puchta zu folgenden Hauptthesen: 1. die Gewohnheit ist nicht die Entstehungsursache des Gewohnheitsrechts, sondern lediglich seine äusserliche Erscheinungsform; es entsteht durch die Ueberzeugung des Volkes oder der rechtserzeugenden Volkskreise. 2. Die Geltung des Gewohnheitsrechts, seine Auctorität ruht in ihm selber. 3. Das Gewohnheitsrecht erscheint vom Standpunkt der historischen Schule als die normalere, gesundere, sog. organische Bildungsform des Rechts.

Die neuere Jurisprudenz hat die Puchtasche Auffassung einmal als eine einseitig spiritualistische berichtigt; insbesondere ist ihr gegenüber z. B. von Windscheid mit Recht betont worden, dass die Gewohnheit mehr als blosse Erscheinungsform sei, dass die Uebung für das Gewohnheitsrecht mindestens dieselbe Bedeutung beanspruche, wie die Publikation für das Gesetz.

Nach v. Ihering ist das Gewohnheitsrecht nur aus dem Gesichtspunkt einer unbewussten sozialen Mechanik zu begreifen, es entsteht wie die Sitte und zweigt sich von dieser ab, sobald das Moment der rechtlichen Verpflichtung hinzutritt. Die soziale Mechanik kennt folgende Stufen des Verhaltens: 1. die blosse Thatsächlichkeit des fortgesetzten allgemeinen Handelns nach einer gewissen Regel, blosse Ge-

recht (1843). Weiteres s. Windscheid, Pand. I § 15. v. Ihering, Zweck im Recht II S. 138 ff. Zitelmann, Gewohnheitsrecht und Irrthum, im civilist. Archiv 66.

wohnheit, 2. die sich zu dieser hinzugesellende gesellschaftlich verbindende Geltung dieser Regel, Sitte;

3. die Verdichtung der sozialen Verpflichtung zur rechtlichen, Gewohnheitsrecht. Das praktische Motiv einer solchen ist immer die Selbsthülfe des Lebens für Zwecke, die der Befriedigung bedürfen; die rechtliche Geltung beruht auf der Macht der Thatsache, der sich auf die Dauer, wie Windscheid Pand. § 15 bemerkt, kein menschliches Gemüth entziehen kann.

Wir haben demnach bei jedem Gewohnheitsrecht, wie übrigens bei fast allen Begriffen des Rechts, zwei Seiten, eine subjektive und eine objektive, die völlig äquivalent sind. Das subjektive Moment ist nicht der *consensus* einer mystischen Allgemeinheit, sondern die *opinio necessitatis* (bezw. bei permissiven Rechtsnormen die *opinio libertatis*) des nach der Norm Handelnden. Der Handelnde muss aber überzeugt sein, einen abstrakten Rechtssatz zu verwirklichen. Dadurch unterscheidet sich das Gewohnheitsrecht von dem auf Entstehung eines concreten Rechtes gerichteten Herkommen.

Der Inhalt des Gewohnheitsrechts muss als Rechtssatz möglich sein. Dies und nicht mehr besagt das Erforderniss der Rationabilität. *l.* 2 *Cod.* VIII 53, Art. 218 der Peinl. Gerichtsordnung (*C.C.C.*): „Von Missbräuchen und unvernünftigen Gewohnheiten". Dagegen ist Legalität im Sinne eines geschriebenen Rechtes oder Vernünftigkeit im Sinne des sog. Naturrechts kein Erforderniss des Gewohnheitsrechts.

Nach richtiger Ansicht [1]) wird auch durch einen Irrthum über das geschriebene Recht die Bildung einer dieses derogirenden oder ausdehnenden Gewohnheitsrechts nicht ausgeschlossen.

Die Rechtsgeschichte bietet zahlreiche Beispiele dafür, dass ein ursprünglicher Irrthum in der Auslegung eines Gesetzes schliesslich zu einer gewohnheitsrechtlich authentischen Interpretation geführt hat; z. B. im gemeinen Recht die Beschränkung

[1]) Anders freilich das Reichsgericht in zahlreichen Entscheidungen, R.G. II 49, III 59, XII S. 294, XXXI 270, worüber Zitelmann, civilist. Archiv 66. Vergl. Kuhlenbeck, Rechtsprechung des R.G. I S. 24.

der Haftung des Erben auf den Nachlass bei Schadensersatz. Da das Gewohnheitsrecht hiernach dem gesetzlichen gleichwerthig, aber auch nur gleichwerthig ist, so ergiebt sich für das bürgerliche Recht, wie für das Reichsrecht überhaupt, dass ein particuläres Gewohnheitsrecht gegen eine Bestimmung des bürgerlichen Rechts, wie des Reichscivilrechts überhaupt nicht aufkommen kann.

3. Auch Staatsverträge können als Privatrechtsquellen in Betracht kommen, aber nur wenn sie in der offiziellen Gesetzsammlung, für das Reich im Reichsgesetzblatt publizirt sind. Beispiel: die im Reichsgesetzblatt vom 30. September 1887 publizirte Berner Konvention über den Schutz geistigen Eigenthums.

Das Bürgerliche Gesetzbuch lässt auch die Staatsverträge, die ein Bundesstaat mit einem ausländischen Staate vor dem Inkrafttreten dee Bürgerlichen Gesetzbuches geschlosſen hat, unberührt, Art. 56 des Einf.Ges.

§ 3.

Autonomie.

Literatur: Stobbe, Deutsches Privatrecht I §§ 19, 20. Heffter, Die Sonderrechte der souveränen und der mediatisirten vormals reichsständigen Häuser. 1871. v. Gerber, Archiv für civilist. Praxis XXXVII.

Neben der in Gesetz, Verordnung, Staatsvertrag sich äussernden rechtserzeugenden Staatsgewalt (also der Reichs- und der Bundesstaaten), aber selbstverständlich mit deren ausdrücklicher oder stillschweigender Einwilligung giebt es rechtserzeugende Faktoren, die Rechtsnormen in einer beschränkten Richtung und mit Gültigung für die ihnen unterworfenen Personenkreise schaffen können. 1. Es sind dies zunächst die öffentlich-rechtlichen Korporationen, sofern sie das Recht haben, durch Statuten ihren Mitgliedern bestimmte durch Rechtsfolgen, deren Befolgung der Staat gewährleistet, erzwingbare Regeln des Verhaltens vorzuschreiben.

Man nennt dieses Recht kleinerer Kreise (Provinzen, Gemeinden, Kreise und sonstiger öffentlich-rechtlicher Korpo-

rationen), innerhalb ihres Interessenbereichs Rechtsregeln aufzustellen, Autonomie. Sofern diese Rechtsregeln bewusst nach Massgabe der Korporationsverfassung aufgestellt und schriftlich fixirt werden, heissen sie Statuten. Natürlich darf ein solches Statut nicht *contra legem* sein, sondern nur *praeter legem*, es muss sich innerhalb des der Korporation gewährten gesetzlichen Rahmens halten.

2. Nächst den öffentlichrechtlichen Korporationen, auf deren Statutenrecht wir bei Behandlung des Korporationsrechts vorher eingehen werden, kommen für das deutsche Privatrecht als Träger einer solchen autonomen Gewalt in Betracht lediglich die souveränen Häuser und die des mittelbaren hohen und des gleichgestellten Adels, und zwar wirkt die Autonomie dieser in privatrechtlicher Beziehung nicht nur *praeter*, sondern, da für sie das Privatrecht nur subsidär ist, auch *contra legem*.

a) In Ansehung der Landesherren und der landesherrlichen Familien (souveräner Häuser) bestimmt Art. 57 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche, dass die Vorschriften desselben nur insoweit Anwendung finden sollen, als nicht besondere Vorschriften der Hausverfassungen oder der Landesgesetze abweichende Bestimmungen enthalten. Die Aufrechterhaltung des Sonderrechts dieser Häuser ist ebensowohl durch deren besondere staatsrechtliche Stellung, als auch durch den engen Zusammenhang geboten, in welchem dieses Sonderrecht mit dem Staatsrecht steht. Die Normen, betreffend die Volljährigkeit, das Vormundschaftswesen, die Unveräusserlichkeit des Familienguts, die in dasselbe stattfindende Individualsuccession, bilden, obwohl sie in Ansehung der Mitglieder der regierenden Familien als privatrechtliche erscheinen, doch gleichzeitig die Grundlage staatsrechtlicher Verhältnisse, gehören also zu der gemischten Gattung, die in § 1 sub. 2 S. 3 erwähnt wurde.

Zufolge eines Vertrags (Accessionsvertrag vom 7. Dez. 1849) und durch preussisches Gesetz vom 12. März 1850 gewährten Rechts hat man in Art. 57 den gleichen Vorbehalt auch auf die Mitglieder der fürstlichen Familie Hohenzollern erstreckt, ebenso zufolge der mit diesen depossedirten Häusern

geschlossenen Verträge auf die Mitglieder des vormaligen Hannoverschen Königshauses und des vormaligen Kurhessischen und vormaligen Herzoglich Nassauischen Fürstenhauses.

b) Die Autonomie der mediatisirten, vormals reichsständischen Häuser ist zur Anerkennung gelangt in dem Art. XIV der Bundesakte vom 8. Juni 1815, welcher u. A. bestimmt:

> „2. werden nach den Grundsätzen der früheren deutschen Verfassung die noch bestehenden Familienverträge aufrecht erhalten und ihnen (sc. den Mediatisirten) die Befugniss zugesichert, über ihre Güter und Familienverhältnisse verbindliche Verfügungen zu treffen, welche jedoch dem Souverän vorgelegt und bei den höchsten Landesstellen zur allgemeinen Kenntniss und Nachachtung gebracht werden müssen. Alle bisher dagegen erlassenen Verordnungen sollen für künftige Fälle nicht weiter anwendbar sein.“

Die Reichsgesetzgebung hat nun zwar die früheren Sonderrechte dieses sog. mittelbaren hohen Adels in Ansehung der Gerichtsbarkeit beseitigt, indem § 15 des G.V.G. die Privatgerichtsbarkeit schlechthin aufgehoben hat. Dagegen hat man sich für die Aufrechterhaltung ihrer materiellen privatrechtlichen Autonomie aus folgenden Motiven entschieden:

> „Es liegt im öffentlichen Interesse, dass diesen Familien die Möglichkeit gewährt wird, die auf ihrer Ebenbürtigkeit beruhende Standesgenossenschaft mit den regierenden Häusern aufrecht zu erhalten, und dies hat eine entsprechende Sondergestaltung ihres Güter- und Familienrechtes zur nothwendigen Voraussetzung. Dazu kommt, dass eine völlige Beseitigung des bezüglichen Sonderrechtes nicht wohl angängig ist. Vermöge der eigenartigen Natur des autonomen Rechtes, welcher zufolge die Setzung der Norm und die rechtsgeschäftliche Anwendung der gesetzten Norm vielfach zusammenfallen, würde namentlich die Beseitigung des besonderen Güterrechtes einen schweren Eingriff in erworbene Rechte und rechtlich geschützte Aussichten

enthalten. Die Stammgutsverbände können nicht für aufgelöst, die Familiengüter nicht für freies, dem gewöhnlichen Erbgange unterworfenes Vermögen erklärt werden. Eine solche Umwälzung privater Verhältnisse, welche mit dem Entwicklungsgange der Rechtsgeschichte in unmittelbarem Zusammenhange stehen, ihrer Natur nach auf die Dauer von Geschlechtern berechnet sind und den Mittelpunkt grosser, weitverzweigter, über den Familienkreis hinausreichender Interessen bilden, wäre nur dann gerechtfertigt, wenn sie von dem öffentlichen Wohle in gebieterischer Weise gefordert würde. Soweit es aber bei dem bestehenden Sonderrecht zu bewenden hat, ist auch die Möglichkeit zu eröffnen, dieses Recht nach Massgabe der jeweiligen Verhältnisse und Bedürfnisse zu ändern, dasselbe zeitgemäss fortzubilden, zu ergänzen und zu läutern. Eine erhebliche Einschränkung der Rechtseinheit ist damit nicht verbunden.“ (Motive z. B.G.B. I S. 13.)

Demnach bestimmt Art. 58 des Einführungsgesetzes auch in Ansehung der Familienverhältnisse und der Güter derjenigen Häuser, welche vormals reichsständisch gewesen und seit 1806 mittelbar geworden sind oder welche diesen Häusern bezüglich der Familienverhältnisse und der Güter durch Beschluss der vormaligen deutschen Bundesversammlung oder vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches durch Landesgesetz gleichgestellt worden sind, dass die Vorschriften der Landesgesetze und nach Massgabe der Landesgesetze die Vorschriften der Hausverfassungen unberührt bleiben.

c) Auch dem vormals reichsritterschaftlichen Adel war durch Art. XIV der B.A. die Autonomie gewährleistet, doch hat dieselbe in den einzelnen Bundesstaaten nicht in demselben und nicht überall in dem gleichen Umfange Anerkennung gefunden, wie die der unter b. genannten ehemaligen Reichsstände. Soweit sie landesgesetzlich gewährleistet ist, hat sie im Wesentlichen nur die Regelung der Stammgüter und Familienfideikommisse zum Gegenstande,

Diesem reichsritterschaftlichen Adel sind dann in einzelnen Staaten noch Familien sonstiger Kategorien des niederen landsässigen Adels gleichgestellt. Nach Art. 58 Abs. 2 des Einführungsgesetzes soll nun auch dieser Theil der Landesrechte, soweit ihm nicht bereits durch den oben citirten § 15 der G.V.G. derogirt ist, unberührt bleiben. Es bleibt also das Landesrecht für den Umfang der Autonomie dieser Familien ausschlaggebend.

§ 4.

Die Auslegung des Gesetzes, Analogie und das Recht der Wissenschaft oder der inneren Autorität.

Literatur: v. Ihering, Geist des römischen Rechts II, 2 § 44.

I. Während das Pandektenrecht zahlreiche Sätze über die Auslegung der Gesetze aufstellt, auch andere Privatrechtsgesetzbücher, z. B. das Preussische Allg. Landrecht, das Sächsische Gesetzbuch allgemeine Vorschriften für die Auslegung zu geben, nicht unterlassen haben, hat das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich, insofern dem Vorbilde der *code civil* folgend, von jeder die Auslegungsmethoden betreffenden Vorschrift Abstand genommen.[1]) Dies ist in hohem Grade zu billigen; die allgemeinen gesetzlichen Vorschriften über die Auslegung, besonders diejenigen, welche wie das Preussische Allgemeine Landrecht und das Sächsische Gesetzbuch die sog. grammatische Interpretation vorschreiben, haben einen sehr nachtheiligen Einfluss auf den Geist der Rechtspflege gehabt. Die Frage der Auslegung ist eine rein wissenschaftliche Frage; es ist nun nicht Sache des Gesetzgebers zu unterweisen, sondern zu disponiren.

Er thut daher wohl daran, auch die Entscheidung etwaiger Meinungsverschiedenheiten über die Grenzen erlaubter und gebotener Auslegung, z. B. Analogie u. s. w. einer rein wissenschaftlichen, durch keine positive Vorschrift gehemmten Jurisprudenz zu überlassen.

[1]) Das Bürgerliche Gesetzbuch giebt abgesehen etwa von § 134 keine allgemeine Auslegungsvorschriften; dagegen erhält es allerdings verschiedene sehr wichtige spezielle Auslegungsvorschriften, z. B. §§ 186—193.

Umsomehr dürfte es angezeigt sein, hier über Zweck und Wesen der juristischen Auslegung eine dem Standpunkt der gegenwärtigen Wissenschaft und Praxis entsprechende Darlegung zu bieten. Es wird sich dabei zeigen, dass die Pandekten gerade für diesen Gegenstand zahlreiche und wichtige Sätze bieten, die somit nach Beseitigung ihrer positivrechtlichen Geltung erst zur Anerkennung ihres inneren Werthes als Aussprüche allgemeiner Rechtswahrheiten gelangen.

1. *Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem l.* 17 *D. de legibus* I. 3. Mit diesem Satze hat schon das *corpus juris* (*Celsus*) die sog. grammatische oder Wortinterpretation zutreffend als unzulässig verworfen. Denn der Zweck der Auslegung ist der, den Sinn des Gesetzes zu erfassen. Dass hierzu aber eine blosse receptive Aufnahme des Wortes ohne logische Thätigkeit nicht ausreichend, dass das gesprochene oder geschriebene Wort niemals einen objektiven, vom Standpunkt des Schreibenden oder Sprechenden trennbaren, absoluten Inhalt hat, ergiebt sich aus dem Wesen der Gedankenmittheilung. Eine Objektivirung des Gedankens ist ein Unding. „Der Gedanke ist und bleibt", sagt v. Ihering, „ein innerer Vorgang des subjektiven Geisteslebens, eine Thätigkeit, eine Bewegung, eine Denkwelle." Es kann sich also bei der Gedankenmittheilung nur um das geeignetste Mittel handeln, eine möglichst identische subjektive Bewegung, wie sie der Mittheilende hat, auch im Gehirn des Anderen hervorzurufen. Die Wahl des geeignetsten Mittels dazu ist bedingt durch die Situation und den Zweck und durch die Natur des Empfängers der Mittheilung nicht minder wie durch den Willen des Mittheilers. Unter Umständen genügt eine Geberde, ein Zeichen, ein Signal. Auch wenn Worte als Mittel benutzt werden, bestimmt sich deren Wahl nach dem Zweck. Das Wort so gut wie jedes andere Zeichen giebt nie den Gedanken selbst, auch wenn die Formulirung desselben eine noch so genaue ist, sondern „gewährt nur die Aufforderung und den Anhaltspunkt, sich ihn zu rekonstruiren".

a) Die sog. grammatische Interpretation nun sündigt gegen dieses Wesen der Gedankenmittheilung und führt daher geradezu zur Umgehung des Gesetzes.

L. 29 D. legibus I. *Paulus: Contra legem facit, qui id facit quod lex prohibet, in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam ejus circumvenit.* „Sie hält sich, wie es die Sprache nennt, an das todte Wort; todt, weil es ihr nicht dient, um das Denken des Sprechenden in sich zu reproduziren, den Gedanken zu neuem Dasein zu erwecken, sondern weil es ihr nichts weiter ist als die Todtenmaske des Gedankens. Ihr einziges Augenmerk ist nur darauf gerichtet, den Sinn anzugeben, den die Worte als solche nach Massgabe des Sprachgebrauchs haben, den objektiven Wortgehalt; ob derselbe der wirklichen Meinung des Redenden entspricht, ist für sie gleichgültig und muss ihr gleichgültig sein, wenn sie sich nicht selbst verleugnen will" (v. Ihering, a. a. O. S. 447). Als vorherrschende Auslegungsmethode gehört die grammatische oder buchstäbliche rückständigen Bildungsstufen an, wie etwa der Talmud-Jurisprudenz oder der vorklassischen römischen. Vergl. Gajus, IV § 30. Dem Wesen der geistigen Mittheilung entspricht allein die logische Interpretation, wie denn das griechische Wort *λογος* den Begriff mit einschliesst und das Stammwort der Logik ist.

b) Hiernach sind die einzigen Regeln der juristischen Interpretation oder Auslegungskunst die Regeln der Logik, und daher sollte ein *Collegium logicum* auch heute noch für jeden angehenden Juristen obligatorisch sein. Denn es ist ein laienhaftes Vorurtheil, dass die bewusste Durchdringung der Denkgesetze keinen Vortheil über den Naturalisten verschaffe. Gewiss kann, wer kein gesundes Denkorgan hat, durch die Logik nicht denken lernen. Aber wie der geschulte Reiter oder Fechter besser reitet und fechtet als der ungeschulte (bei gleicher Naturanlage), so wird auch der bewusste Logiker einen grossen Vortheil über den unbewussten erlangen. Juristische Interpretation ist jedoch nicht reine, sondern angewandte Logik, und es lassen sich daher allerdings einige besondere Anweisungen herausstellen, um den Willen eines Gesetzes möglichst klar zu begreifen.

c) Als das am meisten ausschlaggebende Moment der juristischen Auslegung betrachte ich den ersichtlichen vernünftigen Zweck des Gesetzes, die *ratio legis*. Der soziale

Zweck ist das κατ' ἐξοχήν rechtsbildende Prinzip. Um diesen richtig zu erfassen, ist neben der Logik die Volkswirthschaftslehre eine unentbehrliche Hülfswissenschaft des Juristen.

d) Zweifellos bilden bei den modernen Gesetzen die Motive und Verhandlungsprotokolle vortreffliche Erkenntnissquellen, um in Zweifelsfällen den Sinn und die Tragweite des gesetzgeberischen Willens abzumessen. Entscheidende Bedeutung gewinnen sie aber nur, wenn den dabei zu Tage getretenen Intentionen im Gesetze selbst ein wenigstens indirekt erkennbarer Ausdruck verliehen ist; gerade bei der besonderen Art des vielfach aus Compromissen widerstreitender Ansichten erwachsenden modernen constitutionellen Gesetzgeberwillens sind diese Erkenntnissquellen nur mit grosser Vorsicht zu verwerthen. Sie bilden nur einen Theil der geschichtlichen Voraussetzungen des Gesetzes.

e) Die geschichtliche Entwicklung des gesetzgeberischen Gedankens ist daher eine fernere unumgängliche Bedingung seines Verständnisses. Die Jurisprudenz ist deshalb, und nur deshalb, zugleich eine historische Wissenschaft.

Nur der historisch und volkswirthschaftlich gebildete Jurist hat den Schlüssel zum Verständniss des Gesetzes. Um den Willen des Gesetzes zu verstehen, muss man sich die Situation vergegenwärtigen, in der es gegeben ist, und diese ist eine historisch bedingte. Die moderne Gesetzgebung und so insbesondere auch das Bürgerliche Gesetzbuch ist nun von der anscheinend noch vom Allgemeinen Preussischen Landrecht getheilten Illusion zurückgekommen, sich jedem Laien verständlich machen zu wollen. Es wendet sich an den Juristen, der allein auch den für die Auslegung der einzelnen Bestimmung so wichtigen Normenzusammenhang [1]) und die systematische Gliederung des Gesetzes erfassen kann. Die logische Erfassung des Normenzusammenhangs, der „Struktur" der fraglichen Rechtsinstitute heisst „juristische Construktion."

f) Unter den einzelnen Auslegungsregeln, die durch

[1]) *l. 24 D. de legibus I, 3 Celsus: Incivile est nisi tota lege perspecta una aliqua particula ejus proposita judicare vel respondere.*

einseitige Anwendung leicht zu Irrthümern führen können, ist zunächst das sog. *argumentum a contrario* zu beachten. Dasselbe ist eine Anwendung des logischen Satzes: *unius positio est alterius negatio.* Allein gerade dieser Satz ist nur unter vorsichtiger Würdigung des gesetzgeberischen Standpunktes für richtig zu erachten, da er sonst leicht zu einer *interpretatio in fraudem legis* führen kann. Denn oft hat das Gesetz nicht alle Fälle, die von dem Prinzip beherrscht werden, von dem es ausgeht, klar vor Augen gehabt. Vielfach würde die Bezeichnung aller Fälle auch zu einer pedantisch schwerfälligen oder gar lächerlichen Ausdrucksform zwingen. *l.* 12 *D. de legibus* I. 3: *Julianus: Non possunt omnes articuli singillatim aut legibus aut senatus consultis comprehendi, sed cum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is qui jurisdictioni praeest ad similia procedere atque ita jus dicere debet.*

Lediglich einen Anwendungsfall dieser Regel bildet der Satz: *exceptio firmat regulam;* ferner *quod lex in praeteritum indulget, in futurum vetat.* Das Sächsische Bürgerliche Gesetzbuch gab in § 27 eine Auslegungsregel für allgemeine Vorschriften dahin, dass davon Fälle ausgenommen bleiben sollten, über welche besondere Bestimmungen vorhanden seien, selbst wenn derselben bei den allgemeinen Vorschriften keine Erwähnung geschehe. Aus dem unter e erwähnten Prinzip des Normenzusammenhangs ergiebt sich aber von selbst, dass eine Rechtsnorm, obwohl sie Ausnahmen nicht vorbehält, ausser Anwendung bleiben muss, sofern aus einer anderen Rechtsnorm für den in dieser geregelten Fall ihre Unanwendbarkeit folgt. Dennoch hat bei derartigen gesetzlichen Allgemeinvorschriften das neue Bürgerliche Gesetzbuch in der Regel aus Vorsicht den Zusatz beigefügt: „sofern nicht das Gesetz ein Anderes bestimmt“. Das Fehlen dieses Zusatzes an einzelnen Stellen aber darf, weil er nur aus besonderen Gründen Selbstverständliches zum Ausdruck bringt, nicht zu einer gegentheiligen Schlussfolgerung benutzt werden. Das wäre eine falsche Anwendung des *arg. a contrario.*

g) Allerdings ist, wie v. Ihering II 2 § 39 seines „Geist des römischen Rechts“ treffend ausführt, die juristische Thätigkeit wesentlich Analyse, d. h. Scheiden, Unterscheiden; jede

Entscheidung beruht auf Scheidung, jedes Urtheilen auf Theilen. Es sollen aber keine Unterscheidungen in das Gesetz hineingetragen, „untergelegt" werden,[1]) an die der Gesetzgeber nicht gedacht haben kann. Dies schärft uns die werthvolle *regula juris* der Pandekten ein: *Lege non distinguente nec nostrum est distinguere.*

2. Die logische Auslegung führt durch das Mittel der Abstraktion und Verallgemeinerung des gesetzgeberischen Gedankens weiter zu seiner analogen Ausdehnung, d. h. zur Anwendung der Norm auf Fälle, die sich nicht nur durch den Wortlaut des Gesetzes nicht decken, sondern an die der Gesetzgeber auch gar nicht gedacht hat, ja vielleicht, weil derartige Fälle zu seiner Zeit, — man denke an technische Erfindungen —, noch gar nicht möglich waren, nicht denken konnte. Dass die Pandekten die analoge Ausdehnung gestatten und fordern, zeigt nicht nur die schon unter 1 f. citirte *l.* 12 *de legibus*, der wir hier die *l.* 27 *D. de legibus* I 3 nachfügen:

> *Tertullianus: semper quasi hoc legibus inesse credi oportet, ut ad eas quoque personas et ad eas res pertinerent, quae quandoque similes erunt,*

viel mehr wird es durch die ganze Entwicklungsgeschichte des römischen Privatrechts bewiesen. Gerade der stetigen Bethätigung dieser logischen Methode verdankt das römische Recht ja seine für alle Zeiten mustergültige Anpassungsfähigkeit. In Rom brauchte das praktische Leben nicht alle Augenblicke, wie es die moderne Welt vielfach thut, eine „Lücke im Gesetz" zu konstatiren und ein neues Gesetz zu fordern,

„das matte Blüthen langsam treibt",

das römische Gesetz besass vor allem in den Prätoren und Juristen eine *viva vox legis civilis.* Der abstrakte Gedanke, das Prinzip eines Gesetzes, die legislative Idee pflegt ursprünglich erst bei einem einzelnen Punkt, den v. Ihering treffend den historischen Durchbruchspunkt desselben nennt, (Geist des röm. Rechts II 1. § 39) zum Vorschein zu kommen und erst nach und nach die Ausdehnung und Ausbreitung zu

[1]) „Im Auslegen seid frisch und munter,
Legt Ihr's nicht aus, so legt es unter."

erlangen, die ihr ihrer Natur nach gebührt. „Ihr Anspruch auf Allgemeinheit und damit die Inkonsequenz, deren man sich durch ihre Beschränkung auf ein einzelnes Verhältniss schuldig macht, kann sich auf die Dauer der Wahrnehmung nicht entziehen; denn die Konsequenz ist eine Macht, die langsam, aber sicher, die unbewusst, aber nicht minder wirksam im Geiste fortarbeitet, die längst empfunden und gefühlt wird, bevor sie erkannt ist.“ (v. Ihering a. a. O. S. 342.)

a) Die Berechtigung und Nothwendigkeit der analogen Ausdehnung hat selbst ein so casuistisches und der Judicatur gegenüber misstrauisches Gesetzbuch, wie das Preussische Allgemeine Landrecht (§ 49 Einl.) anerkannt. Der § 1 des I. Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs wollte sie mit dem Satze:

> „Auf Verhältnisse, für welche das Gesetz keine Vorschriften enthält, finden die für rechtsähnliche Verhältnisse gegebenen Verhältnisse Anwendung“

für zulässig und nothwendig erklären. Wenn dieser Satz bei der zweiten Lesung gestrichen worden ist, so ist der Grund dafür, wie die Protokolle ergeben, nur ein redactioneller gewesen; man hielt diese Fassung für schwerfällig und nicht einwandsfrei und kam mit Recht zu dem Schlusse, dass eine befriedigende Fassung der analogen Ausdehnung ohne doctrinäre Ausführlichkeit nicht zu finden sei. Die analoge Ausdehnung ist vielmehr als selbstverständlich für die Anwendung des Bürgerlichen Gesetzbuches vorauszusetzen. Die Motive unterscheiden dabei richtig eine blosse Gesetzesanalogie und die noch weiter gehende Rechtsanalogie. „Das Bürgerliche Gesetzbuch muss (zunächst) aus sich selbst, aus dem in ihm enthaltenen Rechtssysteme ergänzt werden. Es enthält nicht eine todte Masse nebeneinander gestellter Rechtssätze, sondern ein organisches Gefüge innerlich zusammenhängender Normen. Die ihnen zu Grunde liegenden Prinzipien tragen den Keim weiteren Ausbaues in sich. Dieser Ausbau vollzieht sich im Wege der Analogie. Ist ein Fall im Gesetze nicht entschieden, aber ein rechtsähnlicher Fall geregelt, so ist die für den letzteren getroffene Entscheidung für die Beurtheilung des erstern massgebend (Gesetzesanalogie). — Lässt sich

mittels der Gesetzesanalogie zu keinem Ergebnisse gelangen, so ist die Entscheidung aus dem Geiste des gesammten, als ein Ganzes aufgefassten Rechts abzuleiten (Rechtsanalogie)." Motive I S. 16.

Eine Schranke findet die analoge Ausdehnung nur an den sog. singulären Rechtssätzen: *L.* 16 *D. de legibus* I. 3: *Paulus:*

> *Jus singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est.* — Von diesem sagt derselbe Paulus, L. 14 eod: — *non est producendum ad consequentias.*

Es handelt sich hier um das in § 1, 4 bereits erwähnte anormale Recht, in dem aus einem praktischen Bedrüfnisse die abstracte Regel zu Gunsten eines besonders eigenthümlichen Verhältnisses geopfert sind, vor allem also Privilegien im weiteren Sinne, Ausnahmerechte für gewisse Personen oder Sachen. Solches Ausnahmerecht ist nicht mit dem sog. Spezialrecht, z. B. Handelsrecht, Wechselrecht, Seerecht u. s. w. zu verwechseln. Letzteres enthält an sich keine Abweichung vom Allgemeinen, sondern nur die Ausgestaltung einer gewissermassen durch die Individualität der Spezies lokalisirten besonderen *ratio.*[1])

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat mit der stillschweigenden Voraussetzung der analogen Ausdehnung natürlich auch diese Schranke derselben anerkannt, zum Ueberfluss ergiebt sich dies aus den Motiven S. 17: „Das Sächsische Gesetzbuch zieht der Gesetzesanalogie insofern eine Schranke, als in § 26 verordnet ist, dass die Ausdehnung auf ähnliche Fälle nicht stattfinde bei Gesetzen, welche aus besonderen, für einzelne Fälle bestehenden Gründen eine Ausnahme von allgemeinen Rechtssätzen enthalten. Die Vorschrift ist in dieser allgemeinen Fassung bedenklich; soweit sie Richtiges besagt, erscheint sie als selbstverständlich."

[1]) Ob und wieweit im Strafrecht die analoge Ausdehnung zulässig oder durch den Grundsatz *nulla poena sine lege poenali* (§ 2 R.St.G.) ausgeschlossen ist, ist eine hier nicht interessirende Frage. Vergl. Wächter, über Gesetzes- und Rechtsanalogie im Strafrecht, Archiv des Kriminalr. N. F. 1844. S. 413 ff., 535 ff.

II. Mit der analogen Ausdehnung tritt die Interpretation schon in ein höheres Stadium, aber die analoge Ausdehnung fällt dennoch unter den Begriff der Auslegung, der Jurist bleibt auch jetzt noch ein blosser Diener des Gesetzes, wird noch nicht produktiv, wirft sich nicht zum Gesetzgeber, zum rechtserzeugenden Faktor auf, nur dass er hier nach v. Iherings Worten eine „höhere Kritik und Interpretation, eine Kritik und Interpretation nicht der Worte, sondern des legislativen Gedankens“ bethätigt. Aber die Frage ist, ob die Rechtswissenschaft und zwar vor allem in Beziehung auf das Privatrecht ihren Beruf mit der Auslegung des Gesetzes erschöpft hat oder ob sie nicht vielmehr eine höhere Würde beanspruchen kann, gerade heraus gesagt, ob nicht die Wissenschaft selbst produktiv werden kann und als eine dem Gesetz und Gewohnheitsrecht ebenbürtig zur Seite stehende selbstständige Rechtsquelle gelten darf. Obwohl diese Frage von der positivistisch-historischen Schule in der Regel verneint worden ist, stehe ich nicht an, sie mit v. Ihering zu bejahen. Dass die römische Jurisprudenz völlig abgesehen von der sich an die Gesetze anlehnenden analogen Ausdehnung zahlreiche und sehr wichtige Rechtssätze auf rein wissenschaftlichem Wege geschaffen hat, kann kein Pandektist in Abrede nehmen; es genügt an die Lehren von der Specifikation, der Accession, der Confusion, den Prädialservituten, der Theilbarkeit und Untheilbarkeit der Rechte, den Grundsätzen über Irrthum, Schuld, Gefahr, *confusio, consolidatio* zu erinnern. Die Berechtigung dazu lag aber nicht bloss in dem *jus respondendi* und der dadurch gewissermassen gewährten amtlichen Stellung der alten *Jurisconsulti*. Auch die nachrömische und die moderne Jurisprudenz hat diesen ihren vornehmsten Beruf, Rechtssätze zu schaffen, stets behauptet, und zwar handelt es sich dabei keineswegs um mehr oder minder massgebliche Vorschläge *de lege ferenda*, vielmehr um direkt von der Praxis angenommene, praktische Anerkennung fordernde Lehren. Die Legitimation zu dieser produktiven Thätigkeit liegt in dem jedem positiven Gesetzesrecht anhaftenden Mangel, dass es wie der todte Buchstabe dem fortschreitenden Leben nur mit der Krücke nachhinkt. Die Jurisprudenz würde sich selber

aufgeben, wenn sie diesen Beruf der Produktion neuen Rechtes aufgeben wollte. Die berechtigten Vorwürfe, die man gegen die sog. naturrechtliche Schule erhoben hat, treffen nicht das eigentliche Recht der Wissenschaft, der Natur der Sache oder inneren Autorität. Es handelt sich hier nicht um eine Deduktion aus vermeintlich angeborenen apriorischen Begriffen, nicht um eine reine Rechtslogik ohne Berücksichtigung substantieller Momente, sondern um eine soziale Mechanik. Die wichtigsten juristischen dabei massgebenden Gesichtspunkte sind:

1. Die Idee des Zwecks. Dabei ist freilich der Zweck der Institute nicht nur vom Standpunkte der Individuen, sondern vor allem auch von dem des Gemeinwesens aus, vom sozialitären und nationalen Gesichtspunkte aus zu bestimmen.
2. Die Idee der Gerechtigkeit und Billigkeit d. h. Anwendung der wahren (proportionalen) Gleichheit auf Dinge des Rechts, Herstellung des Gleichgewichts zwischen dem, was einer leistet und dafür erhält, was einer verschuldet und dafür erleidet u. s. w.
3. Die Rechtslogik.
4. Die praktische Durchführbarkeit, die sog. Praktikabilität im Recht, die *utilitas* der alten Römer. Letztere steht oft in scheinbarem Konflikt mit der Rechtslogik oder Gerechtigkeit; gleichwohl aber kann gerade die produktive Rechtswissenschaft auch in richtiger Abschätzung der in Frage kommenden individuellen oder sozialen Werthe ihr Gewicht den Ausschlag geben lassen.

Gewiss kann dieses Recht der Wissenschaft nicht *contra*, sondern nur *praeter legem*, da wo das Gesetz Lücken lässt, als subsidiäre Quelle eintreten. Aber es bedarf keiner ausdrücklichen Autorisation des Gesetzes, keines besonderen Hinweises darauf im Gesetz, um den Richter an diese Quelle zu verweisen. Mit Recht äusserte einmal v. Ihering in seinem Pandektenkolleg, dass der lateinische Spruch: *Jurisconsultus sine lege erubescit* in sein direktes Gegentheil umzukehren sei: *Jurisconsultus sine lege non erubescens verus denique Jurisconsultus est.* Die Jurisprudenz ist nichts als ein Zweig und

zwar der vorgeschrittenste der praktischen Philosophie. „Nicht die engen Schranken des positiven Gesetzes bezeichnen ihr die Grenzmarken ihres Reiches, nicht die unmittelbar praktischen Fragen die Pfade, die sie zu wandeln hat. Frei und ungehindert, wie in der Philosophie, kann der Gedanke hier schweifen und forschen und dennoch sicher gegen die Gefahr sich zu verlieren. Denn die praktische Natur der Welt, in die er (der Jurist) sich versetzt findet, lenkt ihn immer wieder zu den realen Dingen zurück. Aber dass er, indem er zurückkehrt, sich gestehen darf, nicht einem bloss subjektiven Erkenntnissdrange genügt zu haben, dass er nicht die blosse Erinnerung an einen hohen geistigen Genuss, sondern etwas für die Welt und Menschheit Werthvolles mitzurückbringt, dass die Gedanken, die er gefunden, keine blossen Gedanken bleiben, sondern praktische Potenzen werden, — eben das giebt all unserem Philosophiren und Construiren in der Dogmatik erst seinen wahren Werth, und die römischen Juristen hatten nicht Unrecht, wenn sie von ihrer Wissenschaft rühmten: *veram (nisi fallor) philosophiam, non simulatam affectantes*“ (*L.* 1, § 1 *de J. et* 7. 1, 1) v. Ihering, Geist des römischen Rechts II. § 41.

Das neue Bürgerliche Gesetzbuch, obwohl es zahlreiche lediglich durch die römische und moderne Rechtswissenschaft eruirte Sätze jetzt zu gesetzlichen Normen stempelt, hat selbstverständlich diese Rechtsquelle nicht fassen oder gar verstopfen wollen. Das wäre eine Unmöglichkeit. Allerdings gilt sie nicht *contra*, sondern nur *praeter legem*. Das Bedürfniss aus ihr zu schöpfen, wird ungeschwächt weiter bestehen. Damit ist auch, da alle Wissenschaft auf der Continuität des menschlichen Geisteslebens beruht, die hohe praktische Bedeutung des Pandektenrechts als Fundgrube der Privatrechtswissenschaft für alle Zeit besiegelt. Auch die Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuche erkennen dies (I S. 17) mit dem Satze an: „Mit der Ablehnung des bisherigen Rechts als Hülfsrecht ist selbstverständlich der reiche Schatz von allgemeinen Rechtswahrheiten, welcher in den Quellen des gemeinen Rechts niedergelegt ist, keineswegs preisgegeben.“

§ 5.

Die verbindende Kraft der Rechtsnormen in intensiver Beziehung. Zwingendes, subsidiäres und hypothetisches Recht.

Literatur: Dernburg, Pandekten I §§ 31. 32. Merkel, Encyklopädie § 99. Savigny, System I § 57 ff. Regelsberger, Pandekten I § 32. Stobbe, Privatrecht I S. 132 ff. Windscheid I § 30. Wilde, Autonomie in Weiskes Rechtslexikon I S. 539—560. v. Gerber, über den Begriff der Autonomie, Archiv f. civilist Praxis XXXVII S. 35 – 62.

Eine der wichtigsten Auslegungsfragen ist die Frage des Verhältnisses einer Rechtsnorm zum Individualwillen. Eine Rechtsnorm kann hinsichtlich ihrer intensiven Verbindlichkeit und Kraft in dreifach verschiedenem Verhältnisse zum Privatwillen gedacht werden:

I. Es giebt Rechtssätze, die sich gegen den Willen des Subjekts verwirklichen. Beispiel: das Notherbrecht. Diese Rechtssätze nennt man absolute oder zwingende (*jus cogens*). Ihr Sitz ist vornehmlich das öffentliche Recht, und nur insofern sagt *l.* 38 *D. de pactis II,* 14: *Jus publicum privatorum pactis mutari non potest.* Doch giebt es auch nichtzwingendes, dispositives öffentliches Recht; beispielsweise ist das Prozessrecht an sich öffentlichrechtlichen Charakters, vergl. jedoch Bülow, dispositives Civilprozessrecht im Archiv für civilistische Praxis Bd. 64. — Dagegen ist das Privatrecht vorwiegend ein Gebiet des freien Individualwillens, z. B. hängt es vom freien Belieben der Parteien ab, ob sie einen Vertrag so oder so abschliessen wollen, weshalb es ihnen in der Regel auch freisteht, demselben einen andern Inhalt zu geben, als er gesetzlich haben würde, wenn nicht die Parteien eben etwas Besonderes vereinbart hätten. Man hat diese Vertragsfreiheit der Parteien, die das Gesetz ausschliesst, — „Willkür bricht Stadtrecht u. s. w.“ siehe oben S. 5, — ebenfalls als Autonomie bezeichnet und zwar als Privatautonomie,[1]) wobei im Gegensatz zu der unter § 3 abge-

[1]) Savigny, System VIII S. 112 ff., Puchta, Gewohnheitsrecht, I S. 158 II S. 107 n. 49 u. Andere wollen die Bezeichnung der Privatwillküren durch Autonomie vermieden wissen. Vergl. aber Stobbe, a. a. O. S. 132 ff.

handelten, Rechtssätze schaffenden Autonomie nur an die Befugniss zu denken ist, concrete Rechtsverhältnisse wesentlich nach eigenem Belieben zu schaffen und zu gestalten. Das Privatrecht enthält jedoch auch zahlreiche absolute oder zwingende Vorschriften, sowohl aus Rücksichten des allgemeinen Wohles wie der Sittlichkeit, als auch aus Gründen rechtspolizeilicher Natur. Die absoluten Rechtssätze des Privatrechts zerfallen ihrer Natur nach in zwei Arten: 1. in solche, die sich nur durch direkten oder indirekten Zwang verwirklichen lassen, Gebote und Verbote; ihr Verwirklichungsmittel ist bei den Geboten Zwang und Strafe, bei den Verboten Strafe. 2. in solche, die sich unabhängig vom Privatwillen verwirklichen lassen, und diese sind entweder wieder a) negative, z. B. Verbote gewisser Rechtsgeschäfte mit der Massgabe, dass das Gesetz seinen Zweck durch sich selber erreicht, indem es solchen Geschäften jede Rechtswirkung entzieht, so dass eine rechtswirksame Uebertretung des Verbotes juristisch undenkbar ist (Beispiel: Nichtigkeit der Schenkung unter Ehegatten im römischen Recht). b) positive, z. B. die Bestimmungen über die Rechtsfähigkeit, die Handlungsfähigkeit; niemand kann sich der Rechts- oder Handlungsfähigkeit durch Vertrag begeben.

Hierauf beruht die alte Eintheilung der Gesetze durch Ulpian in *leges perfectae, minus quam perfectae* und *imperfectae*. Die unter 2a und b genannten sind *perfectae*, weil ihre Uebertretung nichtig ist, die unter 1. genannten *imperfectae*, sofern ihre Uebertretung zwar Strafe, aber nicht die Ungültigkeit des Rechtsgeschäfts nach sich zieht (Beispiel: die Stempelpflichtigkeit vieler Geschäfte nach einzelnen Stempelgesetzen). Gesetze, deren Uebertretung sowohl Strafe, wie Nichtigkeit nach sich zieht, hat man daneben noch als *leges plus quam perfectae* bezeichnen wollen. *Leges imperfectae* nennt man dagegen solche, die weder Strafe noch Nichtigkeit nach sich ziehen; Beispiel: im älteren römischen Recht die *lex Cincia*, jetzt u. A. B.G.B. § 5. Reichsgesetz über die Beurkundung des Personenstandes vom 4. II. 1875 § 37.

Welche Wirkung ein Gesetz sich in intensiver Beziehung hat beilegen wollen, das ist eine Frage der wissenschaftlichen Auslegung. Denn in der Regel verzichtet der Gesetzgeber

darauf, ausdrücklich den einen oder anderen Charakter hervorzuheben, da die hierzu erforderliche Schwerfälligkeit und Umständlichkeit in keinem Verhältnisse zu dem erstrebten Gewinne stehen würde. Die Reichsgesetze haben freilich vielfach durch ihre Terminologie gewisse Anhaltspunkte gegeben, indem sie z. B. wesentliche Vorschriften, deren Uebertretung Nichtigkeit nach sich zieht, mit „muss", andere sog. blosse Ordnungsvorschriften mit „soll" einführen, wonach man *leges perfectae* auch als Muss-, *leges imperfectae* als Sollvorschriften bezeichnet; auch das Bürgerliche Gesetzbuch folgt dieser Terminologie (§ 5 cit.). Das römische Recht hatte in der *l.* 5 *C. de legibus* 1, 14 von Theodosius und Valentinian eine allgemeine Auslegungsregel dahin, dass gesetzliche Verbote, sofern nicht das Gegentheil erhellt, die Nichtigkeit der Zuwiderhandlung bestimmen wollen. Dieser Bestimmung entspricht im Bürgerlichen Gesetzbuch der § 134:

> „Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstösst, ist nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein Anderes ergiebt." [1])

Wir glauben nicht, dass diese Bestimmung, deren Fassung wir nicht für besonders glücklich halten können [2]) und die besser in Wahrung des sonst vom Bürgerlichen Gesetzbuch gewahrten Princips, keine allgemeinen Auslegungsvorschriften zu geben, weggelassen wäre, auf einen ausdrücklichen Vorbehalt zu beschränken ist; vielmehr kann auch aus dem, vergl. § 4 oben, oft nur durch eingehende wissenschaftliche Untersuchung zu ermittelndem Sinn des Gesetzes „sich ein Anderes ergeben".

Bei der Frage, ob ein Verbotsgesetz eine *lex perfecta* oder *imperfecta* sein will, ist vor allem zu untersuchen ob das gesetzliche Verbot sich auf den Rechtserfolg des Geschäftes erstrecken will, weil etwa dieser der staatlichen oder gesellschaftlichen Ordnung widerspricht, oder ob es sich nur auf Umstände bezieht, die das Geschäft in seiner äusseren Entwicklung berühren, die aber mit dem

[1]) Vergl. auch Pr. A.L.R. § 6 I 4 § 68 I 5.

[2]) Sie gleicht einigermassen folgender ärztlicher Prognose: „Patient ist unheilbar, wenn nicht doch die genauere Diagnose (oder der Erfolg) ergibt, dass er heilbar ist".

Rechtserfolg nichts zu thun haben. Beispielsweise will ein Gesetz, das den Handel zur Kirchzeit verbietet, nicht den Rechtserfolg selbst, sondern nur die Herbeiführung desselben zu unpassender Zeit unter Verletzung höherer idealer Güter verbieten; es wäre daher widersinnig, es als *lex perfecta* auszulegen. [1]) Anders verhält es sich z. B. mit Veräusserungsverboten im öffentlichen Interesse.

Selbstverständlich ist bei Gesetzen der ersteren Art, die also einen gewissen wirthschaftlichen Erfolg verhindern wollen, auch die Frage der Umgehung des Gesetzes anders zu beurtheilen als bei ersteren. Logisch genau kann ein Gesetz überhaupt nicht umgangen werden; entweder fällt die Handlung unter die von ihm verbotene Kategorie von Handlungen oder nicht; im ersteren Fall verstösst sie gegen das Verbot, im letzteren ist sie legal und der Vorwurf einer Handlungsweise *in fraudem legis* ungerechtfertigt. [2]) Die Frage der Nichtigkeit oder Strafbarkeit einer sog. Gesetzesumgehung löst sich wissenschaftlich rein auf in die nach dem logischen Umfang und der *ratio* des Gesetzes.

Einen absoluten zwingenden, durch keine Privatvereinbarung zu verletzenden Charakter haben alle Gebote der Sittlichkeit im weitesten Sinne. Denn wenn auch Recht und Moral keine Wechselbegriffe sind, so ordnet sich doch das Recht der Moral insofern unter, als es niemals in bewussten Gegensatz zur Moral treten will. Daraus ergiebt sich die im römischen Recht überall stillschweigend vorausgesetzte und von keinem Privatrechte zu verleugnende Ungültigkeit aller gegen die Sittlichkeit, *contra bonos mores*, verstossenden Rechts-

[1]) Vergl. neben Endemann, *l. c.* auch Kohler, die Ideale im Recht, Archiv f. Bürgerl. Recht V, S. 231 ff. Kuhlenbeck, Rechtsprechung I S. 253 ff.

[2]) Vergl. Kohler, Studien über Mentalreservation in Iherings Jahrb. Bd. 16 S. 144. Hellwig, Archiv f. civilist. Praxis 64 S. 369 ff. Bähr, Urt. des Reichsgerichts S. 52. Barthelmes, das Handeln *in fraudem legis*, Göttinger Inaug.-Diss. Berlin 1889. Iwo Pfaff, z. B. von dem sog. *fraudem legis agere* 1892. Urff, Beiträge zur Lehre von der *fraus legi facta*, Berlin, Inaug.-Diss. 1895. Leist, die Sicherung von Forderungen. Jena 1889 S. 88 ff. Linkelmann, die Sicherheitsübereignung. Archiv f. bürgerl. Recht VII S. 209.

geschäfte. Es handelt sich dabei um Sittlichkeit im weitesten Sinne d. h. nicht nur um den Standpunkt der privaten Moral, sondern um eine höhere sozusagen gesellschaftliche Moral, die wesentlich auf einer angemessenen Schätzung der Rangordnung der Interessen basirt. Der Jurist hat unter Umständen auch solche Verträge und Individualverfügungen als nichtig zu behandeln, die zwar unmittelbar vom rein individualistischen Standpunkte aus nicht als unsittlich erscheinen, die aber gegen höhere Interessen, insbesondere gegen das Wohl der Gesellschaft und des Staates verstossen. Dahin gehören vornehmlich alle Geschäfte, welche die Freiheit der Persönlichkeit in übertriebener Weise beschränken und Entschlüsse erzeugen sollen, die vom höheren ethischen Standpunkte aus nur der Ausdruck freiester Ueberzeugung sein dürfen. Das Interesse des Staates an der Freiheit seiner Bürger ist eine über der Vertragsfreiheit stehende absolute Norm. Wollte man die Freiheit des individuellen Willens nicht durch die objective „öffentliche Ordnung" beschränken, so würde sie sich selbst das Grab graben können. Aber als Bedingung sittlicher Entwicklung ist die persönliche Freiheit etwas über dem subjectiven Belieben erhabenes, ein Gut, das der Mensch rechtlich weder sich selbst noch seinen Nachkommen verkümmern darf.

Mit welchem feinen sittlichen Takte die römischen Juristen diese Objectivität des Freiheitsbegriffes auf allen Gebieten des Privatrechts zu würdigen verstanden, darüber vergl. v. Ihering, Geist des röm. Rechts I § 33.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat diesen äusserst wichtigen Grundsatz ausdrücklich in § 138 sanktionirt, dessen Absatz 2 besonders auf die indirekte Freiheitsbeschränkung durch wucherische Verträge — Wucher im weitesten Sinne genommen — aufmerksam macht. Der entsprechende § 106 des Entwurfs I bot zwar insofern eine weitere Fassung des Absatzes 1 dieser Bestimmung, als er auch den Verstoss „gegen die öffentliche Ordnung" mitbetonte. Wenn letzterer Begriff von der II. Commission ausgeschieden ist, so hat damit keineswegs eine grössere Begrenzung der moralischen Kontrole des Richters eingeführt werden sollen; die Protokolle ergeben, dass die gegen die öffentliche Ordnung verstossenden Rechtsgeschäfte

auch als gegen die guten Sitten gerichtet anzusehen sein sind; denn mit letzterem Ausdrucke ist die gesellschaftliche Moral gemeint, wie denn überhaupt die Moral ein wesentlicher sozialer Begriff ist.

Ein nicht geringer Theil des absoluten Privatrechts verdankt seinen absoluten Charakter jedoch lediglich rechtspolizeilichen Motiven, so z. B. diejenigen Rechtssätze, welche aus Gründen der Rechtssicherheit eine gewisse Form als nothwendig verschreiben. Solche Formvorschriften sind absolut. Denn ein Vorstoss gegen die Form macht das Rechtsgeschäft nichtig. Anders verhält es sich mit Formen, die, wie z. B. Stempelpflicht aus einem fiskalischen oder wenigstens nicht rechtspolizeilichen Motive eingeführt sind. Die Stempelpflicht z. B. macht das Rechtsgeschäft nicht zu einem formellen; es bleibt juristisch gültig, wenn auch die Partei der Stempelstrafe verfällt.

II. Wie bereits gesagt, besteht die grössere Masse des Privatrechts aus nichtzwingenden Rechtssätzen, d. h. aus solchen, die sich zwar ohne den Willen des Individuums, aber nicht gegen denselben verwirklichen. Beispiel: das Intestaterbrecht. Die Intestaterbfolge kommt nur dann zur Anwendung, wenn der Erblasser sie nicht ausdrücklich durch eine letztwillige Verfügung ausschliesst. Keineswegs ist die Anwendung solcher Rechtssätze bedingt durch den positiven Willen des Individuums, vielmehr treten ihre Rechtsfolgen auch ein für nicht rechtlich willensfähige Subjecte; höchstens kann man von einer negativen Bedingtheit durch den Willen reden, sie treten ein, sofern das Subject es nicht anders gewollt hat. Diese Rechtssätze sind also von subsidiärem oder ergänzendem Charakter. Wo die Wichtigkeit oder Zweifelhaftigkeit des Falles eine besondere Klarstellung erheischt, hat das Bürgerliche Gesetzbuch vielfach durch den Zusatz: „sofern nicht durch Rechtsgeschäft ein Anderes bestimmt ist“, oder durch eine ähnliche Redewendung auf den bloss subsidiären Charakter der Norm hingewiesen.

III. Neben diesem grössten Bestandtheil des Privatrechts kommen zahlreiche andere Rechtssätze vor, die nur durch den Willen des Subjekts sich verwirklichen, hypothe-

tische Rechtssätze, die zur Anwendung kommen, falls das Subject eine gewisse Rechtswirkung gewollt hat, und die in allen Punkten, wo die Parteien die nähere concrete Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses unterlassen haben, nichts als deren präsumtiven Willen verwirklichen wollen. Sie sind fast durchweg entstanden als Niederschlag des gesunden Menschenverstandes im freien Rechtsverkehr. Das Hauptbeispiel bilden die sog. *naturalia negotii* bei den verschiedenen Obligationen, ferner Auslegungsregeln bei Testamenten. Die Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch I zu bezeichnen sie auch als auslegende Rechtssätze.

In der Regel pflegt man die Rechtssätze unter II. und III. nicht zu unterscheiden und allgemein als dispositives oder vermittelndes Recht dem unter I. gekennzeichneten absoluten Recht gegenüberzustellen.

§ 6.

Verbindende Kraft der Norm in extensiver Beziehung. I. Zeitliche Herrschaft der Rechtsnormen. Uebergangsbestimmungen des Einführungsgesetzes. Authentische Interpretation.

Literatur: Merkel, Encyklopädie §§ 315—324. v. Savigny, System Bd. VIII. R. Schmid, Die Herrschaft der Gesetze nach ihren räumlichen und zeitlichen Grenzen, Jena 1863. Aloria, *della retroactivitá delle leggi* 1868. Rintelen, über den Einfluss neuer Gesetze auf die zur Zeit ihrer Emanation bestehenden Rechtsverhältnisse. 1877. H. Göppert, Das Prinzip „Gesetze haben keine rückwirkende Kraft“, geschichtlich und dogmatisch entwickelt, herausgegeben von E. Eck. 1884. Die Lehr- und Handbücher der Pandekten und des Strafrechts.

I. Sog. Verbot der rückwirkenden Kraft. Die Frage nach der verbindenden Kraft des Gesetzes in zeitlicher Hinsicht ist ebenfalls nur eine besondere Frage der Auslegung. Selbstverständlich kann jedes Gesetz seine Wirkung erst mit dem Moment erzeugen, wo er selbst „in Kraft tritt“. Diese Wirkung besteht darin, dass der Richter zu seiner Anwendung verpflichtet ist. Vor den Richter können nun aber zumal in der ersten Zeit nach dem Inkrafttreten des Gesetzes noch zahlreiche Fälle zur Entscheidung gelangen, deren thatsäch-

liche Voraussetzungen ganz oder theilweise in die Zeit zurückreichen, in der das neue Gesetz noch nicht bestand und entweder ein anderes durch das neue Gesetz beseitigtes (*lex posterior derogat priori*) ganz andere Rechtsfolgen an dieselben thatsächlichen Voraussetzungen knüpfte oder auch gar kein Gesetz darüber existirte. Soll nun der Richter das neue Gesetz auch auf diese in die Vergangenheit zurückreichenden Thatbestände anwenden? Das römische Recht hat diese Frage für das Privatrecht im allgemeinen verneinend beantwortet und ein allgemeines sog. Verbot der Rückwirkung aufgestellt, vergl. *L.* 7 *Cod. de leg.* 1, 14: *leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari, nisi nominatim et de praeterito tempore et adhuc pendentibus negotiis cautum sit.* Darnach soll dem Gesetze eine Rückwirkung auf vor seinem Inkrafttreten verwirklichte Thatbestände nur beigelegt werden, wenn das Gesetz sie in bestimmter Weise gebietet. Dass der Gesetzgeber sie gebieten kann, ist zweifellos; der Gesetzgeber ist ja souverän, allein man betrachtet das Verbot der Rückwirkung als eine aus der Idee der Gerechtigkeit und Billigkeit sich von selbst ergebende Interpretationsregel.

Bei näherer Betrachtung zeigt sich aber, dass diese allgemeine Regel in der Anwendung nicht so einfach ist, wie es auf den ersten Blick scheint, da eben die Thatbestände, an welche sich gesetzliche Folgen knüpfen, sehr verschiedenartiger Natur sind. Die gemeinrechtliche Wissenschaft hat sich daher hauptsächlich mit der näheren Präcisirung des Begriffes der *facta praeterita* im Sinne der zitirten *l.* 8 *Cod.* beschäftigt und ist dabei im Wesentlichen zu folgenden Unterscheidungen gelangt:

a) Nur solche Thatsachen entziehen sich der Subsumtion unter das neue Gesetz, welche bereits eine Rechtsfolge nach dem bei ihrem Eintritt bestehenden Recht gewährleisten, nicht also blosse Möglichkeiten und Erwartungen rechtfertigen. Beispielsweise entsteht ein Erbrecht gemeinrechtlich in der Regel erst mit dem Tode des Erblassers; vor demselben hat der, welcher nach dem zur Zeit bestehenden Erbgesetz als künftiger Erbe erscheint, nur eine Erwartung, nur die Hoffnung Erbe zu werden. Aendert sich also in der Zwischenzeit

das Erbrecht, so kann er sich nicht über einen gesetzlichen Eingriff in wohlerworbene Rechte beklagen.

b) Es giebt gesetzliche Thatbestände, die sich ihrer Natur nach über einen längeren Zeitraum erstrecken, die man als laufende Thatbestände bezeichnen kann; hierher gehören vor allem die Verjährung und Ersitzung, ferner können obligatorische Verhältnisse, z. B. Miethverträge für einen längeren Zeitraum abgeschlossen sein. Offenbar ist bei diesen dauernden Rechtsverhältnissen wieder zu unterscheiden, ob sich die Ursache der Rechtsfolge selbst, der Verwirklichungsprozess, oder nur die Folgewirkung der Rechtsvoraussetzungen in den Zeitraum erstreckt, innerhalb dessen das neue Gesetz eintritt. Dadurch unterscheidet sich z. B. der Fall der Verjährung oder Ersitzung von dem des Miethvertrags. Bei ersterem kann das neue Gesetz sozusagen den laufenden Faden der Ursache, bei letzterem den der Wirkung zerschneiden. Es liegt auf der Hand, dass die ersteren Fälle denen der blossen Erwerbung oder Möglichkeit gleich stehen, sofern zum Rechtserwerb der Ablauf des Zeitraums erforderlich ist, während von erworbenen Rechten nur in letzteren Fällen die Rede sein kann.

c) Endlich können in einem Akte mehrere Rechtsgeschäfte der Art liegen, dass z. B. ein Kontrakt zunächst auf ein Jahr abgeschlossen, zugleich aber vereinbart wird, er solle bei Nichtkündigung nach Ablauf des Jahres stillschweigend als verlängert gelten. Soll nun der verlängerte Kontrakt nach dem alten oder neuen Gesetz beurtheilt werden? Offenbar handelt es sich hier um einen, wenn auch stillschweigend (durch concludente Handlung) so doch neuen Abschluss, der unter die Herrschaft des neuen Gesetzes fällt.

Der Kern der fraglichen Auslegungsregeln ist hiernach nur die Achtung vor den sog. wohlerworbenen Rechten, d. h. die Erwägung, dass der Staat als Hüter der Rechtsordnung mit sich selbst in Widerspruch treten würde, wenn er den unter dem Schutze seiner Gesetze und unter deren Garantie gehörig erworbenen Rechten und Rechtsverhältnissen später ihre Wirksamkeit in willkürlicher Weise wieder entziehen wollte.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat sich nun, wie bereits im

§ 5 bemerkt, jeder allgemeinen Auslegungsregel enthalten, und ist so auch dem Vorgange des *Corp. juris* und der meisten späteren Codifikationen, die wie z. B. *Cod. civil art.* 2: *„la loi ne dispose que pour l'avenir; elle n'a point d'effet rétroactif"* eine entsprechende Allgemeinregel aufstellten,[1]) nicht gefolgt. Dennoch geht es von der Anerkennung der darin enthaltenen Rechtswahrheit stillschweigend aus; „die Annahme, dass der Staatswille auf ein Verfahren gerichtet sein sollte, welches das dem Gesetze entgegengebrachte Vertrauen täuschen, die Rechtssicherheit gefährden, das Rechtsbewusstsein erschüttern und schliesslich die Staatsautorität untergraben müsste, verbietet sich von selbst" (Motiv I 21).

II. Uebergangsbestimmungen. Allein das Prinzip der Wahrung wohlerworbener Rechte muss sich gleichwohl im Interesse sowohl der blossen Practikabilität als auch höher stehender öffentlichrechtlicher Gesichtspunkte manche Durchkreuzung gefallen lassen; ohne alle Rückwirkung auf bestehende Rechte ist keine Reform durchführbar. So finden wir denn auch im Einführungsgesetz, dass verschiedene Uebergangsbestimmungen ausdrücklich das neue Recht auch auf bestehende Verhältnisse zurückwirken lassen.

Diese Uebergangsbestimmungen berühren zunächst (Art. 153—162) das Personenrecht und zwar die Handlungsfähigkeit. Die Volljährigkeit gilt als ein erworbenes Recht, wenn sie auf Grund der bisherigen Bestimmungen schon vor dem einundzwanzigsten Lebensjahr erworben ist, z. B. auf Grund des partikularrechtlichen Satzes: „Heirath macht mündig" (Art. 153). Das Bürgerliche Gesetzbuch hat sich in diesem Punkte mit Recht gegen die von Windscheid Pandekten § 32 Note 4 vertretene Ansicht entschieden, dass Volljährigkeit kein erworbenes Recht, sondern nur die Fähigkeit sei, in gewisser Weise rechtlich thätig zu werden. Natürlich konnte es auch die Verwirrung nicht wollen, die daraus entstehen würde, wenn ein Volljähriger wieder zum Minderjährigen würde. Dagegen sollen die Folgen einer nach dem bisherigen Rechte eingetretenen Entmündigung, sei es wegen Geisteskrankheit oder

[1]) Pr. Allg. Landrecht Einl. § 14. Sächs. G.B. § 2.

Verschwendung, nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs beurtheilt werden (Art. 155. 156). Nicht dagegen sollen sich hiernach die Wirkungen einer vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches erfolgten Todeserklärung bestimmen, nur dass der Ehegatte einer für todt erklärten Person eine neue Ehe eingehen kann, auch wenn dies nach dem bisherigen Rechte nicht zulässig war (Art. 159), und dass jedenfalls nach Massgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches die etwaige elterliche Gewalt, die Vormundschaft, die Pflegschaft, sowie das Amt als Vormund, Gegenvormund, Pfleger oder Beistand oder Mitglied eines Familienrechts in Folge der früher erfolgten Todeserklärung als beendigt anzusehen ist (Art. 160). Massgebend bleiben auch die bisherigen Gesetze für ein zur Zeit des Inkrafttretens des Bürgerlichen Gesetzbuches anhängiges Verfahren, das eine Todeserklärung, eine Verschollenheitserklärung oder die Einweisung des muthmasslichen Erben in den Besitz oder Genuss des Vermögens zum Gegenstande hat (Art. 161); — soweit jedoch die Wirkungen einer Todeserklärung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche sich weiter erstrecken, ist zur Erlangung dieser Wirkungen, z. B. zur Erlangung des Rechtes der Wiederverheirathung eine neue Todeserklärung nach dessen Vorschriften zulässig. (Art. 162).

Die zur Zeit des Inkrafttretens des B.G.B. bestehenden juristischen Personen sollen den Normativvorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über Verfassung, Verantwortlichkeit bzw. Haftung zum Schadensersatz, Mitgliederrechte, Auflösung, Entziehung der Rechtsfähigkeit und Folgen derselben bzw. der Auflösung für das Vereinsvermögen unterstellt sein. (§§ 25—53. 85. 89 des B.G.B. Art. 161 des Einf.Ges.)

Am wenigsten Interesse hat die Gesetzgebung an einer rückwirkenden Geltung ihrer Bestimmungen für das der Privatautonomie in weitestem Umfange freigegebene Gebiet der Schuldverhältnisse. Daher soll nach Art. 170 für ein Schuldverhältniss, das vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs entstanden ist, das bisherige Recht massgebend bleiben. Dagegen sieht Art. 171 dem schon oben unter c gedachten Falle vor, dass ein bestehendes Mieth-, Pacht-,

oder Dienstverhältniss stillschweigend verlängert wird und unterwirft es für die Zeit nach dem Kündigungstermin dem Bürgerlichen Gesetzbuch.

Eine Ausnahme macht das Einführungsgesetz aus Gründen der Utilität und Verkehrssicherheit für Schuldverschreibungen auf Inhaber (nicht jedoch für Karten und Marken des § 102 des Einf.Ges.), die es in gewisser Richtung, nämlich hinsichtlich des Umtausches beschädigter Urkunden (§ 798 B.G.B.), der Kraftloserklärung (§§ 799, 800) Zahlungssperre (§ 802) und Umschreibung auf den Namen (§ 806) dem neuen Gesetzbuch unterstellt. Dagegen soll die Verjährung der Ansprüche aus solchen Schuldverschreibungen sich nach den bisherigen Gesetzen bestimmen, — was ausdrücklich anzuordnen allerdings wohlgethan war, da es sich keineswegs aus den allgemeinen wissenschaftlichen Grundsätzen hätte deduciren lassen.

Aufgehoben wird durch Art. 176 des Einf.Ges. die Ausserkurssetzung solcher Schuldverschreibungen und zwar so, dass selbst eine vorher erfolgte Ausserkurssetzung mit dem Inkrafttreten der B.G.B. ihre Wirkung verliert.

Auf dem Gebiete des Sachenrechts dagegen legt die absolute Natur der auf die Dauer berechneten dinglichen Rechte dem Gesetzgeber die Einwirkung auf die bestehenden Rechtsgestaltungen näher, als die relative Natur der der Erledigung zustrebenden vorübergehenden Forderungsrechte. Das Einführungsgesetz unterwirft daher die zur Zeit seines Inkrafttretens bestehenden Besitz- und Eigenthumsverhältnisse vom 1. Januar 1900 ab den Normen des Bürgerlichen Gesetzbuches, nur dass es die etwa particularrechtlich bestehenden und an sich vom Bürgerlichen Gesetzbuch nicht anerkannten nicht intellektuell getheilten Miteigenthumsverhältnisse und Sondereigenthumsverhältnisse an stehenden Erzeugnissen eines Grundstückes, z. B. das in Baiern und Würtemberg und im Gebiete des französischen Rechts mögliche Sondereigenthum als wohlerworbene Rechte anerkennt, so auch das sog. Stockwerkseigenthum (Art. 181 u. 182). In Bezug auf Waldbäume sollen solche *in concreto* begründete, von den Normen des Bürgerlichen Gesetzbuches abweichende Rechtsverhältnisse

„bis zur nächsten Verjüngung des Waldes“ in Kraft bleiben (Art. 183).

Auch schon begründete Rechte an einer fremden Sache, z. B. Hypotheken bleiben als wohlerworbene Rechte mit dem sich aus den bisherigen Gesetzen ergebendem Inhalte und Range bestehen (Art. 184); es soll aber nach Anlegung des Grundbuchs ein etwa in der Vorzeit bestelltes Pfandrecht als Hypothek ohne Hypothekenbrief gelten und bei Unbestimmtheit des Forderungsbetrages, für den er besteht, als Sicherungshypothek (Art. 192 der Einf.Ges. 1184ff. des B.G.B.).

Vor Anlegung des vom Bürgerlichen Gesetzbuch geforderten Grundbuchs entstandene Grunddienstbarkeiten bedürfen an sich als wohlerworbene Rechte nicht der Eintragung; die Eintragung kann aber sowohl von dem Berechtigten als auch vom Eigenthümer des belasteten Grundstücks verlangt werden, die Kosten hat der Antragsteller zu tragen (Art. 187 Einf.-Ges.). Auch gesetzliche Pfandrechte, die etwa nach Landesrecht schon vor Anlegung des Grundbuchs erworben sind, bedürfen bis zum 1. Januar 1910 nicht der Eintragung, um ihre Wirksamkeit gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs zu wahren, falls dies durch landesherrliche Verordnung ausdrücklich gebilligt wird; ebenso können etwaige nach Landesrecht dingliche Mieth- und Pachtrechte während des gleichen Zeitraums durch landesherrliche Verordnung gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs conservirt werden (Art. 187. 188 Einf.Ges.).

Die durch Anlegung eines Grundbuchs bedingten Rechtsnormen des Bürgerlichen Gesetzbuchs über den Erwerb und Verlust des Eigenthums sowie die Begründung, Uebertragung, Belastung und Aufhebung eines dinglichen Rechts an einem Grundstück (oder eines Rechts an einem solchen Rechte) können natürlich erst von dem Augenblicke der Fertigstellung des Grundbuchs an zur Anwendung kommen, es werden also auch nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches die hierauf bezüglichen Normen des älteren Rechts bis zu dem fraglichen Zeitpunkt, der für verschiedene Bezirke ein sehr verschiedener sein wird, in Geltung bleiben (Art. 189 Einf.Ges.). Der Zeitpunkt, in welchem

das Grundbuch für einen Bezirk als angelegt anzusehen ist, soll durch landesherrliche Verordnung bestimmt werden (Art. 186). Bis zu diesem Zeitpunkt werden auch quasipossessorische Ansprüche nach dem bisherigen Landesrecht beurtheilt.

Zu den strittigsten Fragen des gemeinen Rechts gehörte in der Lehre von der zeitlichen Wirkung des Gesetzes die nach dem Einfluss neuer Verjährungsgesetze auf eine nach dem früheren Recht schon begonnene Verjährung. Die herrschende Meinung ging zwar mit Recht davon aus, dass sowohl die subjectiven und objectiven Erfordernisse (*bona fides*) (*res habilis*) wie die etwaigen Vorschriften über Unterbrechung oder Hemmung der laufenden Verjährung nach dem älteren Recht für die Zeit vor dem neuen Gesetz zu beurtheilen seien. Dagegen konnte man sich nicht darüber einigen, ob sie nach Inkrafttreten des neuen Gesetzes nunmehr nach diesem oder nach dem alten Recht vollendet werden könne. Bezüglich der Verjährungsfrist waren drei Ansichten vertreten, eine zu Gunsten des alten entscheidende (Puchta, Vorlesungen Bd. I § 111), eine zu Gunsten des neuen (Windscheid § 32 n. 10) und eine mittlere, wonach bei einer in dem neuen Gesetz angeordneten Verlängerung von dem Zeitpunkte an, in welchem das neue Gesetz in Kraft tritt, dessen Frist, allerdings unter Anrechnung der schon abgelaufenen Zeit, zu fordern sei, dagegen bei Verkürzung der Verjährungszeit durch das neue Gesetz der Schuldner sich nach seiner Wahl entweder auf die alte nach Inkrafttreten des neuen Gesetzes weiter laufende längere oder auch auf die neue, dann aber jetzt erst beginnende kürzere Frist berufen könne (Savigny, System VIII. S. 429. RG. XXIV Nr. 53). Das Einführungsgesetz Art. 169 hat bezüglich der Verjährungsfrist diese letztere mittlere Ansicht, mit der Modification acceptirt, dass bei Verkürzung der Verjährungsfrist die kürzere Frist von dem 1. Januar 1900 ab beachtet werden soll, die Verjährung aber, wenn die ältere längere Frist früher als diese, vom 1. Januar 1900 ablaufende, ablaufen würde, nach der älteren Frist vollendet werde. Hemmung und Unterbrechung sollen sich für die Zeit vor 1. Januar 1900 nach den bisherigen Gesetzen bestimmen, dagegen alle übrigen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs

über Verjährung auf die noch nicht vollendeten Verjährungen Anwendung erleiden mit Ausnahme der Verjährung aus dem vor dem 1. Januar 1900 ausgestellten Schuldverschreibungen auf den Inhaber, die sich ausschliesslich nach dem bisherigen Recht bestimmt (Art. 174 Einf.Ges.).

Auf dem Gebiete des Familienrechts verhält es sich ähnlich wie auf dem Gebiete des Sachenrechts: „Die reinen Familienrechte sind vorwiegend nur die Kehrseite von Pflichten, die in der Sphäre der Sittlichkeit wurzelnd, zu Rechtspflichten erhoben sind; der Gemeinwille hat deshalb auch hier häufigere und dringendere Veranlassung, sich mit besonderer Energie zu bethätigen“ (Motive zum B.G.B. I S. 24). Daraus ergibt sich jedoch natürlich nicht, dass etwa die Formvorschriften der Eheschliessung eine rückwirkende Kraft haben könnten; der Satz des Art. 198 des Einf.Gesetzes bestimmt aber ausserdem noch ausdrücklich, dass die materiellen Voraussetzungen der Gültigkeit einer vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches geschlossenen Ehe principiell nach den bisherigen Gesetzen beurtheilt werden sollen, nur zu Gunsten der Aufrechterhaltung der Ehe ist von diesem Grundsatz eine Ausnahme gemacht worden: sofern die Ehe nur den Vorschriften des neuen Gesetzes über Gültigkeit und Anfechtung genügt, soll sie nach den bisherigen Gesetzen nicht mehr für nichtig erklärt oder angefochten werden können. Dagegen erlangen die neuen Vorschriften über die persönlichen Rechtsbeziehungen der Ehegatten, insbesondere über die gegenseitige Unterhaltungspflicht, auch für die schon früher geschlossenen Ehen Geltung.

Zu den wohlerworbenen Rechten, die das neue Recht respectirt, gehören aber die in bestehenden Ehen nach dem früheren Recht begründeten Güterrechtsverhältnisse (Art. 200 des Einf.G.), nur dass fortan der bis dahin etwa vorhanden gewesene zwingende Charakter desselben als beseitigt gilt, also eine vertragsmässige Aenderung des Güterstandes möglich wird, wo dies früher unzulässig war. Besonders beachtenswerth ist dabei die positive, meines Erachtens nicht gerade gerechte und glückliche Bestimmung, dass auch eine Beschränkung der Ehefrau in der Geschäfts-

fähigkeit da, wo sie nach dem bisherigen Güterstande als Folge des Güterrechts besteht, in Kraft bleiben soll, solange der bisherige Güterstand besteht. Da der bisherige Güterstand nicht einseitig, sondern nur durch neue vertragsmässige Einigung der Eheleute geändert werden kann, hätte die sonst principiell erstrebte erweiterte Durchführung der privatrechtlichen Gleichheit beider Geschlechter es eigentlich erfordert, diesen Schlusssatz des Art. 200 fortzulassen, um mit allen abnormen Particularitäten endgültig und schnell aufzuräumen.

Einen absoluten, zwingenden Charakter besitzt das Ehescheidungsrecht, sofern es vorwiegend auf sittlichen und die Freiheit des Individuums garantirenden Grundsätzen beruht, denen gegenüber der Gesichtspunkt des wohlerworbenen Rechts zurücktreten muss. Daraus rechtfertigt sich die in Art. 201 des Einf.Ges. ausdrücklich getroffene Bestimmung, dass auch die Scheidung und die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft vor dem 1. Januar 1900 geschlossener Ehen von diesem Zeitpunkt ab nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches erfolgen soll. Sofern aber der Scheidungsgrund in einer vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches verwirkten Verschuldung des einen Theils gesucht wird, soll nur dann auf Scheidung oder Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft erkannt werden, „wenn die Verfehlung auch nach den bisherigen Gesetzen ein Scheidungs- oder Trennungsgrund war“. Letzteres entspricht der Analogie eines auch im Strafrecht allgemein gewahrten Rechtssatzes, wonach schuldhafte Handlungen bei zeitlicher Wandelung der Satzung nach der milderen zu beurtheilen sind.

Die Ehelichkeit eines Kindes bestimmt sich selbstverständlich nach den zur Zeit seiner Geburt geltenden Gesetzen. Die Stellung der aus einer vor 1. I. 1900 geschlossenen Putativehe geborenen Kinder (Art. 207) dagegen bestimmt sich auch dann nach den bisherigen Gesetzen, wenn sie nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches geboren werden. Im Uebrigen soll sich nach Art. 203 des Einf.Ges. das Rechtsverhältniss zwischen den Eltern und einem vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches geborenen ehelichen Kinde vom ersten Januar 1900 ab ausschliesslich nach dem Bürger-

lichen Gesetzbuch bestimmen, und zwar gilt dies, — insofern also eine Ausnahme vom Princip des wohlerworbenen Rechts, — auch in Ansehung des Vermögens, welches das Kind vorher erworben hat. Anordnungen der Behörden, durch welche der Vater oder die Mutter in der Sorge für die Person oder für das Vermögen des Kindes beschränkt sind, bleiben in Kraft, solange sie nicht vom Vormundschaftsgericht aufgehoben werden. Die mit der Zwangserziehung eines Kindes verbundene Beschränkung des Vaters oder der Mutter in der Verwaltung oder Nutzniessung des Kindesvermögens ist jedoch auf Antrag aufzuheben, wenn sie nicht durch die in § 1666 dafür vom Bürgerlichen Gesetzbuch aufgestellten Voraussetzungen gerechtfertigt erscheint. (Art. 204.)

Die Erziehungs- und Alimentationsrechte und entsprechenden Pflichten bezüglich der Kinder aus vor dem 1. Januar 1900 geschiedenen oder aufgelösten oder getrennten Ehen bleiben unberührt; das Vormundschaftsgericht kann aber doch eine abweichende Anordnung treffen, wenn eine solche aus besonderen Gründen im Interesse des Kindes geboten ist; und in allen Fällen erhält nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches auch der Ehegatte, dem die Sorge für die Person des Kindes nach den bisherigen Gesetzen nicht zusteht, die Befugniss, mit dem Kinde persönlich zu verkehren, vorbehaltlich näherer Regelung dieses Verkehrs durch das Vormundschaftsgericht. (Art. 206.)

Für die vor dem 1. Januar 1900 geborenen unehelichen Kinder bleiben in wichtigster Beziehung d. h. hinsichtlich der Anerkennung der Vaterschaft, des Rechts auf den Familiennamen und die Alimentation die bisherigen Gesetze massgebend, besonders auch etwaige besondere Rechtsvorschriften für sogen. Brautkinder, letztere auch, wenn solche nur vor dem 1. Januar 1900 erzeugt sind. In allen übrigen Beziehungen soll sich aber die rechtliche Stellung auch der vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches nach dessen Vorschriften bestimmen. (Art. 208.)

Die Wirkungen einer Adoption oder Legitimation aus der Zeit vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches bleiben durch dieses unberührt. (Art. 209.)

Auf alle Erbfälle, die vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches eintreten, weil der Erblasser vor diesem Zeitpunkt stirbt, findet das bisherige Erbrecht, einschliesslich der Vorschriften über die Rechtsstellung der Erben und Nachlassgläubiger Anwendung, und zwar einerlei ob es sich um eine Erbfolge auf Grund einer Verfügung von Todeswegen oder kraft Gesetzes handelt, ob eine zur Acquisition erforderliche Antrittserklärung schon abgegeben ist oder nicht, ja selbst, wenn die Berufung, etwa weil sie noch suspensiv bedingt ist, erst nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches erfolgt. (Art. 213.)

Bei Verfügungen von Todeswegen ist es zweifelhaft, ob die entscheidende Ursache rechtlicher Wirksamkeit in dem Akte der Errichtung, z. B. des Testaments, oder erst im Tode des letztwilligen Verfügenden zu suchen ist. Offenbar ist aber der eigentliche Rechtsgrund in dem Willensakt des Verfügenden zu sehen. Dieser kann seinen Willen ja bis zum Tode jederzeit ändern und eine andere Verfügung treffen, ein wohlerworbenes Recht ist hier also vor dem Tode des Verfügenden keinenfalls anzunehmen. Dennoch empfiehlt es sich gewissermassen unter analoger Ausdehnung des Satzes: *locus regit actum* in *tempus regit actum* solche Verfügungen in Bezug auf ihre formellen und materiellen Erfordernisse ausschliesslich dem zur Zeit ihrer Errichtung gültigen Rechtsnormen zu unterwerfen. Das Einführungs-Gesetz hat aus dieser Erwägung den Art. 214 aufgenommen, der sich ausdrücklich auch auf gemeinschaftliche Testamente und Erbverträge sowie Erbverzichtsverträge (Art. 217) erstreckt. Auch die vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches erlangte Fähigkeit zur Errichtung einer Verfügung von Todeswegen wird bezüglich einer bis zu diesem Zeitpunkt schon errichteten Verfügung durch die etwaige abweichende Vorschrift des neuen Gesetzbuchs, insbesondere durch die von demselben geforderte Altersgrenze nicht mehr in Frage gestellt, wenn sie auch, was *per arg. a contrario* aus Art. 215 des Einf.Ges. zu entnehmen ist, für neu zu errichtende Verfügungen lediglich nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche zu beurtheilen ist. Das Testament eines Entmündigten ist gültig, wenn der Entmündigte noch

vor Eintritt der Unanfechtbarkeit des Entmündigungsbeschlusses stirbt; selbst ein Testament, das der Entmündigte nach der Stellung des Antrags auf Wiederaufhebung der Entmündigung errichtet, soll gültig sein, wenn der Antrag Erfolg hat, und diese Bestimmung (§ 2230 des B.G.B.) findet auch auf Testamente Anwendung, die ein nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs gestorbener Erblasser vor diesem Zeitpunkt errichtet hat.

III. Authentische Interpretation.

Wir haben soeben gesehen, dass der Gesetzgeber an sich nicht gehindert ist, seinen neuen Bestimmungen eine rückwirkende Kraft zu verleihen, sei es, dass er ausdrücklich die auf Grund des früheren Rechtszustandes erworbenen Rechte aufhebt oder auch gewisse Rechte insofern nach „rückwärts" einräumt, als er gebietet, dass Laien und Richter von nun an so denken und handeln sollen, als ob jene Rechte bezw. deren Aufhebung schon früher entstanden oder erfolgt wäre, (ficticische Rückdatirung, vergl. Brinz, Pand. § 21). Als ein besonderes Mittel nun, einem Gesetze in diesem Sinne rückwirkende Kraft zu verleihen, gilt seit der römischen Kaiserzeit die authentische Interpretation. Durch diese wird dem Richter vom Gesetzgeber mit bindender Kraft eine bestimmte Auslegung, unter Umständen selbst eine dem logischen Sinne widersprechende, eines bestehenden Gesetzes vorgeschrieben.

Zweifelhaft ist nur, ob auch der Berufungsrichter, wenn eine solche authentische Interpretation dem Richter der ersten Instanz noch nicht vorgelegen hat, sie zu berücksichtigen hat. Die Novelle 19 *pr.* spricht dagegen, Novelle 115 *cap.* 1 dafür. Die in letzterer vertretene Ansicht dürfte aus allgemeinen Gründen vorzuziehen sein.

Da es sich bei der authentischen Interpretation in Wahrheit um einen gesetzgeberischen Akt handelt, so müssen für sie dieselben Erfordernisse verfassungsmässiger Entstehung und Publikation gelten, wie für Gesetze.

Auch völkerrechtliche Verträge können authentische Interpretationen und zwar nicht nur von früheren Verträgen, sondern auch von Gesetzen des einen oder anderen Staates ent-

halten. Ein Beispiel R.G. XXVII Nr. 15. (Die sog. Berner Convention.)

Das Bürgerliche Gesetzbuch enthält sich jeder Bestimmung über die authentische Interpretation.

§ 7.

Verbindende Kraft der Norm in extensiver Beziehung.

II. Räumliche Herrschaft der Rechtsnormen.

(Sog. Statutencollision und internationales Privatrecht.)

Literatur: v. Bar, Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts. v. Savigny, System VIII. Zeitschrift für Internationales Privat- und Strafrecht. Die Pandekten- und Privatrechtslehrbücher. Wächter im Archiv für civilist. Praxis Bd. 24 u. 25.

Die Frage nach dem räumlichen Geltungsgebiet der Rechtsnormen ist wohl die schwierigste aller Auslegungsfragen. Den besten Beweis liefert die Thatsache, dass sie inzwischen zu einer selbständigen wissenschaftlichen Disciplin ausgewachsen ist, die man als internationales Privatrecht bezeichnet; gleichwohl müssen, um der bisherigen Gewohnheit gerecht zu werden, die für das Privatrecht wesentlichsten Sätze dieser Auslegungslehre auch innerhalb der systematischen Darstellungen des Privatrechts ihre Stelle finden.

Die Pandekten freilich bieten für die hier in Frage kommenden Auslegungsregeln so gut wie gar keine Anhaltspunkte. Es war kein praktisches Bedürfniss gegeben, so lange innerhalb des grossen römischen Reiches wesentlich nur das zu einem wahren *jus gentium* gewordene römische Recht von Gerichten angewandt wurde, die alle unter der obersten Jurisdiction des Kaisers standen, während diejenigen Völker, die der römischen Herrschaft nicht unterworfen waren, auf einer zu niedrigen Kulturstufe standen, als dass aus Gründen einer internationalen Connivenz Fragen dieser Art hätten auftauchen können.

Nach der Völkerwanderung wurde dies anders. Damals trat an die Stelle des vorher bei der factischen Rechtseinheit unbewusst angewandten Territorialitätsprincips der germanische Grundsatz der Personalität der Rechte, demzufolge Jeder, einerlei vor welchem Gerichte er es suchte, das Recht seiner Nationalität in Anspruch nahm.

Erst als nunmehr das römische Recht zur Glossatorenzeit wieder nach unbedingter Herrschaft strebte, diese aber bei der particulären Verschiedenheit nicht einmal innerhalb derselben Staatsgrenzen unbedingt durchzuführen war, führte die Frage, welchem particularen Rechtsgebiet des einzelnen Staates ein concretes Rechtsverhältniss zuzusprechen sei, die Glossatoren zur Ausbildung der besonders an den Namen Bartolus geknüpften Statutentheorie. Diese musste davon ausgehen, dass derselbe, wenn auch fictive Gesetzgeber, auf dessen Anordnung oder Zulassung der verschiedenen Rechtssätze zurückgeführt werden musste, sich nicht habe widersprechen wollen. Man sprach dabei sehr unangemessen von einer Collision der Statuten, verstand darunter aber die Lehre, wie der Schein einer solchen Collision in eine Harmonie der Statuten aufzulösen sei. Denn zwischen Rechtsnormen desselben Staates ist eine eigentliche Collision nicht denkbar. Wohl aber ist letztere denkbar zwischen Gesetzen verschiedener Staaten, da zwei verschiedene souveräne Mächte sich über dasselbe Rechtsverhältniss als Herrscher geltend machen können. Für letztere führte nun die sog. *comitas gentium* zu einer der eigentlichen Statutenlehre analogen Auslegungsmethode, die sich, wie gesagt, zu einer selbständigen Disciplin, dem internationalen Privatrecht entwickelt hat. Das reale Geltungsprincip des internationalen Privatrechts findet v. Bar in einer Rechtsgemeinschaft der civilisirten Völker. Das internationale Privatrecht ist, um mit Brinz, Pand. § 23 zu reden, „nicht eins weder mit dem Rechte des Inlandes noch mit dem Rechte des Auslandes noch mit einem angeblichen Gesetze des Inlandes, wonach der Fremde bald diesem, bald jenem Rechte unterworfen sein soll, sondern Völkerrecht, das weder in diesem noch in jenem bestimmten Lande oder Volke, auch wie vieles andere Völkerrecht nicht in einem Völkervertrage, sondern in stillschweigender, wachsender Uebereinstimmung der im Verkehr mit einander begriffenen, unabgeschlossenen Völker seinen Grund hat.“ Das heuristische Princip dieser Disciplin ist, soweit nicht positive Gesetze, Staatsverträge oder Gewohnheitsrechte unmittelbaren Anhalt bieten, die sog. Natur der Sache, das mit sach-

logischer Nothwendigkeit sich geltend machende Bedürfniss des Verkehrs und der gegenseitigen Anerkennung der verschiedenen Staaten. Sie bietet mehr als fast alle anderen Rechtsdisciplinen ein Recht der inneren Autorität und Raum zu productiver Bethätigung.

Eine völlige Verkennung dieses Wesens der Lehre findet sich bei Wächter, der nur zwei Leitsätze für die Frage der räumlichen Geltung einer Rechtsnorm gelten lässt:

1. dass der einen Rechtsstreit entscheidende Richter zunächst unbedingt an die Gesetze seines Territoriums gebunden sei;
2. dass nur zu untersuchen sei, ob nicht in gewissem Umfange eben diese Gesetze nach Sinn und Geist die Beurtheilung von Rechtsverhältnissen, die auf Ausländer oder das Ausland Bezug haben, von sich ab- und der Entscheidung der einen oder der anderen auswärtigen Gesetzgebung zuweisen.

Das internationale Privatrecht, von dem die sog. Statutencollision nunmehr nur aus Gründen der Analogie einen integrirenden und bei Mangel jeder praktischen Differenz unterschiedslosen Theil bildet, ist wissenschaftlich nicht als ein Theil des internen Rechts der einzelnen Staaten zu betrachten. Freilich ist da, wo ein einzelner Staat positive Vorschriften über die Anwendung der Rechtssätze in räumlicher Hinsicht gegeben hat, die nicht nur die sog. interne Statutencollision, sondern auch das internationale Privatrecht betreffen, der Richter dieses Staates selbstverständlich zunächst an diese positiven Bestimmungen gebunden und nur subsidiär auf das wissenschaftliche internationale Privatrecht zurückzugreifen berechtigt.

In dieser Lage nun wird sich nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches (leider!) der deutsche Richter befinden. Denn das Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch hat in Art. 7—30 eine Reihe von hier einschlägigen Bestimmungen gegeben, die zwar keineswegs eine erschöpfende Regelung der Materie bezwecken [1]), die aber nicht nur unmittelbar, sondern

[1]) Das Einführungsgesetz enthält sich dabei im allgemeinen solcher

auch mittelbar, sofern sie grundsätzlich Stellung nehmen zu einigen bisherigen Controversen dieses Gebietes, von grösster Tragweite sind.

Eine allgemeine wissenschaftliche Formel für die Lösung der hier fraglichen Probleme ist selbstverständlich ein Unding, der Satz v. Savigny's, dass man zur Bestimmung des anzuwendenden Gesetzes „dasjenige Rechtsgebiet aufzusuchen habe, welchem das einzelne Rechtsverhältniss seiner Natur nach angehört, in welchem es seinen Sitz hat", ist entweder eine blosse Verweisung auf die von uns bereits betonte „Natur der Sache" oder eine praktisch werthlose rein bildliche Formulirung des Problems. Denn einen räumlichen Sitz erlangen Rechtsverhältnisse erst dadurch, dass ihnen die Wissenschaft oder das Gesetz auf Grund räumlicher Beziehungen der an ihnen betheiligten Subjekte oder Objekte einen solchen zuspricht.

Immerhin lassen sich als allgemeine Prinzipien, um deren richtige Auswahl und Anwendung es sich in jedem einzelnen Falle umsomehr handelt, als diese Prinzipien in demselben collidiren können, folgende herausstellen:

1. Soweit dispositives Privatrecht in Frage steht, hat man zunächst zu fragen, ob nicht die Rechtssubjekte ausdrücklich oder stillschweigend sich diesem oder jenem Rechte unterworfen haben. Eventuell ist der aus verständigen sachlogischen Erwägungen resultirende zweckmässigste Wille zu subintelligiren.
2. Dagegen ist es gerade hier von grossem Interesse, zwingendes absolutes Recht von dispositivem zu unterscheiden. *Jus publicum cogens*, sei es dieses nun aus besonderen Polizei- oder Staatszwecken oder aus allgemeineren sittlichen Anschauungsgründen, entzieht sich jeder Disposition, und der Richter hat es unbedingt und ausschliesslich anzuwenden, wenn er es als solches an-

Bestimmungen hinsichtlich der Ausländer und beschränkt sich z. B. bei den Personalstatuten auf die Inländer, ausgenommen, wo der Gesichtspunkt des *ordre public* überwiegt. Doch ist auf die principielle Stellung des Gesetzgebers zu den einschlägigen Fragen des internationalen Privatrechts auch aus den auf Inländer beschränkten Regeln meistens durch Verallgemeinerung zu erschliessen.

erkennen muss. (In Dingen des *ordre public* entscheidet stets die *lex fori.*)

3. Wie bei der Frage nach der zeitlichen Geltung, so muss auch bei der nach der räumlichen eine billige Rücksichtnahme auf wohlerworbene Rechte massgebend sein.

Nicht ganz werthlos ist endlich, wenn auch bloss im Sinne einer Classifikation, die schon von Bartolus herrührende Unterscheidung aller Rechtssätze in 1. *statuta personalia*, 2. *realia* und 3. *mixta*, wobei man unter 1. die sich wesentlich auf Personen, unter 2. die sich wesentlich auf Sachen, unter 3. die sich wesentlich auf Handlungen beziehenden Rechtssätze begreift. Doch ist mit dieser Classifikation weder ein sicheres Criterium zwischen den einzelnen Gebieten selbst noch ein solches für die Anwendung des Gesetzes gegeben.

I. *Statuta personalia.*

Um in üblicher Weise mit den Personalstatuten zu beginnen, so stossen wir hier gleich auf die wissenschaftliche Controverse, ob die Statuten d. h. Rechtsnormen des Domicils oder der Staatsangehörigkeit für die personenrechtlichen Verhältnisse entscheidend sein sollen. Der französische *Code civil*, das österreichische Bürgerliche Gesetzbuch, das italienische und sächsische Bürgerliche Gesetzbuch haben das Princip der Staatsangehörigkeit angenommen, während die englisch-nordamerikanische Rechtsprechung durchweg dem Domicilprincip huldigt. Auch die gemeinrechtliche Theorie und Praxis folgte bislang überwiegend dem Domicilprincip. Dagegen erklärt sich offenbar das Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch, indem es in den von ihm ausdrücklich getroffenen Bestimmungen für personenrechtliche Verhältnisse die Staatsangehörigkeit entscheiden lässt.

Zweifellos als Personalstatuten gelten zunächst die Vorschriften über Rechtsfähigkeit. Hier ist aber gleich zu bemerken, dass die allgemeine Anerkennung der Rechtsfähigkeit physischer Personen als Theil des aus sittlichen Gründen zwingenden Rechtes gilt, dass also für Beschränkungen der Rechtsfähigkeit nicht das Gesetz des Staates, dem die Person angehört, vielmehr, sofern die Frage vor einem deutschen Ge-

richte erhoben wird, ausschliesslich das deutsche Gesetz entscheidet.

Anders liegt die Sache bei juristischen Personen. Hier sprechen wieder zwingende Gründe politischer Natur gegen die unbedingte Anerkennung der Rechtsfähigkeit ausländischer juristischer Personen. Daher bestimmt Art. 10 des Einführungsgesetzes, dass eine ausländische juristische Person nur unter der Bedingung als rechtsfähig gelten soll, wenn ein besonderer auf Anerkennung ihrer Rechtsfähigkeit gerichteter Beschluss des Bundesraths vorliegt. Nicht anerkannte ausländische juristische Personen sind vor unseren Gerichten als Gesellschaften (§§ 705—740) des Bürgerlichen Gesetzbuches zu behandeln; doch soll ausländischen Vereinen durch eine ausdrückliche Ergänzung der Civil-Prozessordnung die passive Parteifähigkeit beigelegt und die Zwangsvollstreckung in das Vermögen derselben auf Grund eines gegen sie erlassenen Urtheils zugelassen werden.[1]) Ferner haftet aus Rechtsgeschäften, die im Namen eines solchen Vereins vorgenommen werden, der Handelnde persönlich; handeln Mehrere, so haften sie als Gesammtschuldner (§ 54 des B.G.B.).

Eine gesetzliche Präsumtion für das Ende der Rechtsfähigkeit durch Tod wird durch die Todeserklärung eines Verschollenen begründet. Die Voraussetzungen und Wirkungen der Verschollenheit und Todeserklärung sind nun nach herrschender Lehre nach den Personalstatuten, also nach den Gesetzen des Staates zu beurtheilen, dem der Verschollene angehörte.[2]) Aus Zweckmässigkeitsgründen bestimmt aber der Art. 9 des Einführungs-Gesetzes, dass ein Verschollener im Inlande nach den deutschen Gesetzen für todt erklärt werden kann, wenn er nur bei dem Beginne der Verschollenheit die deutsche

[1]) Anl. II zur Denkschrift § 49a:

„Vereine, die nicht rechtsfähig sind, können verklagt werden, wie wenn sie rechtsfähig wären.“

§ 670a: „Zur Zwangsvollstreckung in das Vermögen eines nicht rechtsfähigen Vereins genügt ein gegen den Verein erlassenes Urtheil.“

[2]) Vergl. Zeitschrift für Internation. Recht IV 72. Bolze, Reichsgerichtsentsch. XVII 1.

Reichsangehörigkeit besass. Aber auch ein Ausländer kann mit Wirkung für diejenigen Rechtsverhältnisse, welche sich entsprechend sonstigen Regeln des internationalen Privatrechts nach den deutschen Gesetzen bestimmen, sowie mit Wirkung für sein im Inlande befindliches Vermögen für todt erklärt werden kann. Ohne Beschränkung, also mit voller Wirkung kann der ausländische Ehemann einer im Inlande zurückgebliebenen oder dahin zurückgekehrten Ehefrau, die ihre deutsche Reichtsangehörigkeit mindestens bis zur Verheirathung mit dem Verschollenen behalten hat, im Inlande auf deren Antrag für todt erklärt werden, falls er nur seinen letzten Wohnsitz im Inlande gehabt hat (Art. 10 Abs. 3).

In der Regel ist bislang die Handlungsfähigkeit, die sich in rechtsgeschäftliche (Geschäftsfähigkeit) und Deliktsfähigkeit scheidet, von der Theorie ohne Weiteres unter die Personalstatuten subsumirt worden, wie sie denn auch systematisch ihre Stellung zweifellos im Personenrecht hat. Dennoch hat die nordamerikanische Jurisprudenz sie von jeher nicht als Personalstatut, sondern nach der *lex loci contractus* beurtheilt. Auch der für ihre Beurtheilung in der Deutschen Wechselordnung Art. 84 und früher schon im Preussischen Allgemeinen Landrecht Einleitung § 35 zum Ausdruck gelangte Satz, dass Verträge mit Ausländern nach denjenigen Gesetzen beurtheilt werden sollen, „nach welchen die Handlung am besten bestehen kann“, lässt sich schwerlich aus dem Princip des Personalstatuts ableiten. Offenbar kreuzt sich mit dem Princip des Personalstatuts hier dasjenige der Sicherheit des Verkehrs. Hieraus erklärt sich die Bestimmung des Art. 7 des Einführungsgesetzes, demzufolge im allgemeinen für die Geschäftsfähigkeit das Gesetz des Staates massgebend ist, dem die Person angehört; aber der hiernach geschäftsunfähige oder in seiner Geschäftsfähigkeit beschränkte Ausländer für ein im Inlande abgeschlossenes Rechtsgeschäft „gilt insoweit als geschäftsfähig, als er nach den deutschen Gesetzen geschäftsfähig sein würde“. Nur für familienrechtliche und erbrechtliche Rechtsgeschäfte fällt diese Rücksicht auf die Verkehrssicherheit wieder weg, und daher sind diese

von der Ausnahme des Abs. 3 des Art. 7 wieder ausgenommen. Endlich ergiebt sich als Ausfluss des Princips von der Wahrung wohlerworbener Rechte der Absatz 2 des Art. 7, wonach ein Ausländer, der nach den Gesetzen seines Staates volljährig ist oder die rechtliche Stellung eines Volljährigen hat, auch nach Erwerb der Reichsangehörigkeit volljährig bleibt und diese rechtliche Stellung behält, selbst wenn er nach den deutschen Gesetzen nicht volljährig ist. Wir haben hier auf räumlichem Gebiete die Analogie des Art. 153 des Einführungsgesetzes, der dasselbe Princip für den zeitlichen Geltungsumfang [1]) aufstellt.

Zu den wohlerworbenen Statusrechten, die durch Wechsel der Staatsangehörigkeit nicht berührt werden, gehört auch die *testamentifactio,* genauer allgemein die Fähigkeit zu Verfügungen von Todeswegen. Allgemein entscheidet darüber die Staatsangehörigkeit zur Zeit der Errichtung (auch der Aufhebung); ein Ausländer behält sie, wenn er die Reichsangehörigkeit erwirbt, selbst wenn er das nach den deutschen Gesetzen erforderliche Alter noch nicht erreicht hätte. (Art. 24 Einf.Ges.)

Eine fernere Beschränkung des allgemeinen Princips, das die Geschäftsfähigkeit dem Gesetz der Staatsangehörigheit unterwirft, enthält Art. 8 des Einf.Ges., der die Entmündigung eines Ausländers nach deutschen Gesetzen zulässt, wenn derselbe seinen Wohnsitz im Inlande oder, falls er überhaupt keinen Wohnsitz hat, auch nur seinen Aufenthalt im Inlande hat. Auch hier ist die Rücksicht auf Verkehrssicherheit das ausschlaggebende legislative Moment gewesen.

Offenbar gehört zu den Personalstatuten im weiteren Sinne auch der familienrechtliche *status.* Das Einführungsgesetz bestimmt bezüglich der Frage, ob eheliche Abstammung anzunehmen oder nicht, nur für den Fall, dass der Ehemann der Mutter zur Zeit der Geburt des Kindes Deutscher ist oder, falls er vor der Geburt des Kindes gestorben ist, zuletzt Deutscher war d. h. die Reichsangehörigkeit besass. In diesem Fall ist zufolge Art. 18 die Frage nach den deutschen Gesetzen zu beurtheilen. Man wird darin nicht mit Unrecht nur eine specielle Anerkennung des allgemeinen Princips erkennen.

[1]) Vergl. S. 36 Abs. 3.

wonach die Ehelichkeit eines Kindes nach den Gesetzen des Staates zu beurtheilen ist, welchem der Ehemann zur Zeit der Geburt oder, wenn er vor der Geburt des Kindes gestorben ist, zuletzt angehört hat. Nicht massgebend ist also der Zeitpunkt der Zeugung. Dem Art. 18 analog unterwirft Art. 22 des Einf.Ges. für den Fall, dass der Vater zur Zeit der Legitimation oder der Adoptirende zur Zeit der Adoption die Rechtsangehörigkeit besitzt, auch die Legitimation eines unehelichen Kindes sowie allgemein die Annahme an Kindesstatt den deutschen Gesetzen. Abgesehen davon werden für die Legitimation eines unehelichen Kindes sowie die Adoption allgemein die Gesetze des Staates massgebend sein, welchem der Vater zur Zeit der Legitimation angehört. Nur hinsichtlich des Erfordernisses der Einwilligung des Kindes und der Einwilligung dritter Personen, zu welchen das Kind in einem familienrechtlichen Verhältnisse steht, soll, wenn das Kind die Reichsangehörigkeit besitzt, das deutsche Recht massgebend sein. Ich finde auch hierin nur die Anerkennung des allgemeinen Princips, dass für diese Erfordernisse der Legitimation und Annahme an Kindesstatt die Gesetze des Staates massgebend sind, dem das Kind zur Zeit der Legitimation angehört. Es handelt sich um die Wahrung wohlerworbener Rechte sowohl der fraglichen Personen selbst als auch des Staates.

Die sämmtlichen sonstigen familienrechtlichen Verhältnisse zwischen Eltern und Kindern sind nach herrschender Theorie den Gesetzen des Staates unterworfen, dem der Vater angehört, und, wenn der Vater gestorben ist, nach den Gesetzen des Staates, dem die Mutter angehört. Eine ausdrückliche Anerkennung dieses Grundsatzes für Kinder eines deutschen Vaters und einer deutschen Mutter giebt Art. 19 des Einf.Ges. Dieser dehnt aber die Herrschaft des deutschen Rechts auch auf den Fall aus, dass zwar die Reichsangehörigkeit des Vaters oder der Mutter erloschen, die des Kindes aber bestehen geblieben ist. Beansprucht wird jedoch die Geltung des deutschen Gesetzes in diesen Familienrechtsverhältnissen nicht für Gegenstände, die sich in einem fremden Staatsgebiete befinden, sofern solche dort von besonderen Gesetzesvorschriften erfasst

werden. (Art. 28.) — In der Consequenz des bisher festgehaltenen Princips wird auch die Vaterschaftsklage und zwar sowohl die der ehelichen, wie der unehelichen Kinder nach der Staatsangehörigkeit derjenigen zu beurtheilen sein, der als Vater in Anspruch genommen wird, und zwar ist massgebend die Staatsangehörigkeit zur Zeit der Geburt des Kindes, entsprechend der in Art. 18 gegebenen Rechtsanalogie. Die *ratio* für den Zeitpunkt der Geburt scheint mir folgende zu sein: Wenn auch die Erzeugung eine nothwendige Bedingung der Vaterschaft bildet, so entsteht doch die Thatsache und der rechtliche Begriff der Vaterschaft erst mit dem Zeitpunkte, in welchem der in Anspruch genommene durch die Geburt eines Kindes in Folge der von ihm geschehenen Zeugung Vater wird.[1] Auf keinen Fall wird nach Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches mehr das Domicilprincip zu Grunde gelegt werden dürfen.

Vom Anspruch auf Anerkennung der Vaterschaft ist wohl zu unterscheiden der Alimentenanspruch des unehelichen Kindes gegen seinen präsumtiven Erzeuger. Nach welchem örtlichen Recht derselbe zu bestimmen sei, ist bislang wissenschaftlich und praktisch um deswillen sehr streitig gewesen, weil die Construktion dieses Anspruchs (Deliktsnatur? Quasidelikt? Präsumtion der Verwandtschaft?) durchaus zweifelhaft war. Nach Art. 21 des Einf.Ges. soll nun dieser Anspruch ebenso wie derjenige der Mutter auf Ersatz der Schwangerschafts- und Entbindungskosten und des Unterhalts nach den Gesetzen des Staates beurtheilt werden, dem die Mutter zur Zeit der Geburt des Kindes angehört. Doch sind die deutschen Gesetze insofern für Voraussetzung und Umfang der Ansprüche zu berücksichtigen, als weitergehende Ansprüche nicht geltend gemacht werden können. Die Rechtsverhältnisse zwischen einem unehelichen Kinde und seiner Mutter sind nach Art. 20 des Einf.Ges., wenn die Mutter eine Deutsche ist, nach deutschen Gesetzen zu beurtheilen, auch wenn die Reichsangehörigkeit der Mutter erloschen sein sollte, sofern nur die des Kindes bestehen geblieben ist.

[1]) R.G. XXIX Nr. 71.

Allgemein wird man in analoger Verwerthung dieser gesetzlichen Entscheidungen und in Annahme der im internationalen Privatrecht vorherrschenden Ansicht die gesetzliche Unterhaltspflicht unter Verwandten, soweit nicht Specialbestimmungen entgegenstehen, nach den Gesetzen des Staates zu beurtheilen haben, welchem die Verwandten zu der für die Unterhaltspflicht in Betracht kommenden Zeit angehören. Wie aber, wenn sie zu dieser Zeit verschiedenen Staaten angehören? Dann ist die Unterhaltspflicht nur insoweit begründet, als sie nach den Gesetzen beider in Betracht kommenden Staaten begründet ist.

Auch die erbrechtlichen Fragen sind nach überwiegender Ansicht stets unter die Personalstatuten subsumirt worden und zwar unter diejenigen des Erblassers. Im gemeinen Recht entschied das Domicil des Letzteren. Mit Art. 24 und 25 des Einf.Ges. wird aber in Zukunft zunächst die Staatsangehörigkeit zur Zeit des Todes entscheiden, und zwar sowohl die des Deutschen, wenn er seinen Wohnsitz im Auslande, wie die des Ausländers, wenn er seinen Wohnsitz im Inlande hat. Nur in Ansehung der Nachlassverbindlichkeiten können sich die Erben auch auf die an dem Wohnsitze des Erblassers geltenden Gesetze berufen, wenn ein Deutscher zur Zeit seines Todes seinen Wohnsitz im Auslande hatte (Art. 24, 2).

Eine Einschränkung erleidet das Princip der Staatsangehörigkeit zu Gunsten deutscher Staatsangehöriger, die erbrechtliche Ansprüche am Nachlass eines in Deutschland domicilirten Ausländers erheben. Sie können sich auf das deutsche Erbrecht berufen. Offenbar ist dies eine singuläre politische Bestimmung, die daher auch in allen den Fällen fortfällt, wo das Recht des Staates, dem der Erblasser angehörte, selber das Princip der Staatsangehörigkeit für die Beerbung der in ihm domizilirten Deutschen respektirt. (Vergl. deutsch-russische Convention vom 12. Nov. 1874 G.S. 1875 S. 136, Convention mit Brasilien vom 10. Jan. 1882, mit Serbien vom 6. Jan. 1883, mit der Südafrikanischen Republik vom 22. Jan. 1885, mit Griechenland vom 26. Nov. 1888.) Wie bereits oben § 3 S. 12 bemerkt,

werden besondere Staatsverträge über die Regulirung erbrechtlicher Verhältnisse nicht durch das Einführungsgesetz und das Bürgerliche Gesetzbuch berührt.

Zu den Personalstatuten wird auch das Vormundschaftsrecht zu ziehen sein. Es ist darnach selbstverständlich, dass ein Deutscher, mag er im Inlande oder Auslande wohnen, in Deutschland bevormundet wird, ebenso dass für Ausländer ein entsprechendes Recht ihres Heimathstaates anzuerkennen ist. Aus Gründen der Zweckmässigkeit und Humanität bestimmt aber Art. 23 des Einf.Ges., dass auch über einen Ausländer im Inlande eine Vormundschaft oder Pflegschaft angeordnet werden kann, sofern der Staat, dem er angehört, die Fürsorge nicht übernimmt, wenn der Ausländer nach den Gesetzen seines Staates der Fürsorge bedarf oder (gemäss Art. 8) im Inlande entmündigt ist. Auch kann das deutsche Vormundschaftsgericht im Interesse von Ausländern vorläufige Massregeln treffen, wenn eine Einleitung der Vormundschaft oder Pflegschaft über dieselben im Auslande zu erwarten ist.

Zweifellos als Personalstatuten, also nach der Staatsangehörigkeit zu beurtheilen, sind alle sog. Individualrechte, u. A. das Recht am Namen.

II. *Statuta realia.*

Bei sachenrechtlichen Fragen ist ziemlich unbestritten in der Theorie des internationalen Privatrechts der Satz, dass die *lex rei sitae*, das Gesetz desjenigen Ortes entscheidet, wo die Sache sich befindet. Allerdings machte die ältere Lehre einen Unterschied zwischen unbeweglichen und beweglichen Sachen; für letztere stellte sie den Grundsatz auf: *Mobilia ossibus inhaerent* oder *Mobilia personam sequuntur*; man ging davon aus, dass Mobilien nicht wie die Grundstücke an einen bestimmten Ort festgebannt sind, sondern leicht der sie besitzenden Person in ein anderes Rechtsgebiet folgen können und unterwarf sie daher der *lex domicilii* der betreffenden Personen. Dieser übrigens in ihrer Anwendung sehr unsicheren Regel folgt unter Anderm das Oesterreichische Bürgerliche Gesetzbuch § 300, sowie die englisch-amerikanische Rechtsprechung (*personal property has no locality*). Die neuere

Theorie hat diese Unterscheidung und den für Mobilien aufgestellten Sondergrundsatz durchweg verworfen. Mit Recht; denn wenn z. B. mehrere Personen in Betracht kommen, ergeben sich aus der Regel die grössten Schwierigkeiten; wessen Domicil soll entscheiden, das des Eigenthümers, Besitzers Erwerbers oder Veräusserers? Ueberdiess ist nunmehr ja allgemein an die Stelle des Domicilprincips das Nationalitätsprincip getreten.

Das Einführungs-Gesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch regelt zwar die Frage nicht ausdrücklich, es nimmt nur in Artikel 11 Rechtsgeschäfte, durch die Rechte an einer Sache begründet werden, von der Regel aus: *locus regit actum*. Daraus ergibt sich aber indirect, dass es sie der *lex rei sitae* unterwerfen will, und dabei ist erheblich, dass es keinen Unterschied zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen macht. Auch aus der Vorgeschichte des Gesetzes, den Protokollen (S. 1309) ergibt sich, dass der Gesetzgeber bezüglich der Realstatuten auf dem auch schon im Preussischen Landrecht, sowie im Sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuch § 10, und im *Codex Maximilian.* I § 2, § 17 gewahrten Standpunkt steht, wonach die Rechte an einer Sache sowie der Besitz ausschliesslich nach den Gesetzen des Ortes beurtheilt werden, an welchem die Sache sich befindet. Des Näheren sind Erwerb und Verlust eines Rechtes an einer beweglichen Sache, sowie Erwerb und Verlust des Besitzes einer solchen Sache nach den Gesetzen des Ortes zu beurtheilen, an welchem die Sache zur Zeit der Verwirklichung des für den Erwerb oder Verlust in Betracht kommenden Thatbestandes sich befunden hat. Von Wichtigkeit ist es nur, die Realstatuten auf speciell sachenrechtliche Vorschriften einzuschränken, d. h. auf diejenigen Vorschriften, die allein das dingliche Recht zum Gegenstand haben, wie z. B. Fähigkeit einer Sache, zu Eigenthum erworben zu werden, (in *commercio esse*), Erfordernisse der Eigenthumsübertragung oder des Erwerbes bezw. Verlustes eines dinglichen Rechtes, den Inhalt solcher Rechte, die Ansprüche aus demselben, Eigenthumsklage, *actio confessoria* u. s. w. Rechtsgeschäfte, die den Erwerb einer Sache erst zu weiteren Folge

haben, sind wohl zu unterscheiden von solchen, die das dingliche Recht unmittelbar begründen.[1]) Nur für letztere gilt die *lex rei sitae* ausschliesslich.

III. *Statuta mixta* und sonstige Regeln des internationalen Privatrechts.

Unter dieser Ueberschrift werden wir die verschiedenartigsten juristischen Thatbestände und Rechtseffekte zusammenfassen müssen, die nicht bereits unter den beiden bisherigen Kategorien Platz fanden.

a) Was zunächst allgemein die Form der Rechtsgeschäfte betrifft, so ist die alte Rechtsregel der Postglossatoren *locus regit actum* immer noch von grossem praktischen Werth Eine wichtige Ausnahme haben wir zwar soeben hinsichtlich der Rechtsgeschäfte mit unmittelbar dinglicher Wirksamkeit constatirt. Die Regel muss aber noch dahin erweitert werden dass unter Umständen auch eine andere Form, als die des Ortes, wo das Geschäft abgeschlossen wird, zulässig erscheinen kann, nämlich die desjenigen Rechtsgebietes, in welchem das Rechtsgeschäft zu wirken bestimmt ist. Nach Art. 11 des Einf.-Ges. „genügt jedoch die Beobachtung der Gesetze des Ortes, an dem das Rechtsgeschäft vorgenommen wird.“ So wird z. B. die Errichtung oder die Aufhebung einer Verfügung von Todeswegen einerseits nach den Gesetzen des Staates genügen, welchem der Erblasser zur Zeit der Errichtung oder Aufhebung angehört hat; andrerseits aber genügt es auch, wenn sie nur den am Orte der Errichtung oder Aufhebung geltenden Gesetzen entspricht. Die Form einer Eheschliessung im Inland sowohl für Ausländer als für Inländer soll sich nach Art. 13 Abs. 3 des Einf.-Ges. jedoch ausschliesslich nach den deutschen Gesetzen bestimmen.

Besondere Schwierigkeit hat von jeher die Unterordnung der obligatorischen Ansprüche unter ein bestimmtes örtliches Recht bereitet: a) Bei den Vertragsobligationen sind fünf verschiedene Momente von verschiedenen Theoretikern

[1]) Vergl. R.G. XVIII. 45.

als ausschlaggebend in Vorschlag gebracht worden: 1. der Ort der Klage (*lex fori*), 2. der Ort der Entstehung (*lex loci contractus*), 3. der Ort der Erfüllung, 4. das Domicil des Gläubigers, 5. das Domicil des Schuldners.

Die italienische und französische Rechtspflege lässt fast durchweg das Moment 2., den Ort der Entstehung entscheiden. Savigny lässt, sobald er sein dunkles Bild vom Sitze der Obligation bei Anwendung auf concrete Fragen ins Begriffliche umsetzt, meistens das Moment 3., den Ort der Erfüllung, den Ausschlag geben. Das Moment 5. wird u. A. von Windscheid, Thöl, Stobbe, auch von v. Bar bevorzugt. Die zweite Commission für das Deutsche Bürgerliche Gesetzbuch hatte unter ihren vorläufigen Beschlüssen einen § 7 (5), der folgendermassen lautete:

„Das Schuldverhältniss aus einem Rechtsgeschäfte unter Lebenden wird nach den Gesetzen des Ortes beurtheilt, an welchem das Rechtsgeschäft zum Abschlusse gelangt ist.

Ist nach den Umständen des Falles anzunehmen, dass von den Betheiligten die Anwendung der Gesetze eines anderen Ortes vorausgesetzt sein muss, so sind die Gesetze dieses Ortes massgebend."

Man wollte sich also der französisch-italienischen Theorie, wonach *lex loci contractus* (2.) massgebend ist, anschliessen. Eine entsprechende Bestimmung ist aber in das Einführungsgesetz nicht aufgenommen worden. Die Frage ist also eine offene geblieben. Zwecks ihrer Entscheidung haben wir in erster Linie den Gesichtspunkt der Privatautonomie zu berücksichtigen; da kaum ein Gebiet des Civilrechts einen dispositiveren Charakter trägt, als das der Vertragsobligationen, so ist zunächst für die Frage, nach welchem Rechte die durch Vertrag begründeten Rechtsverhältnisse zu beurtheilen sind, der Wille der Contrahenten entscheidend. Ist dieser Wille, wie es häufig der Fall sein wird, nicht zum Ausdruck gekommen, so bleibt nichts übrig, als den mangelhaften Parteiwillen im Sinne eines *in concreto* vernunftgemässen auf das Recht eines bestimmten Territoriums gerichteten Unterwerfungswillens zu ermitteln. Dass dieser präsumtive Unterwerfungs-

wille nun, wie v. Savigny meint, auf das Gesetz des Erfüllungsortes gerichtet sein müsse, lässt sich keineswegs allgemein behaupten. Vielmehr scheint in Ermangelung besonderer Anhaltspunkte in der That die *lex loci contractus*, wie auch die Mehrheit der zweiten Commission für das Bürgerliche Gesetzbuch gemeint hat, wenigstens dann die angemessenste zu sein, wenn ein Vertrag zwischen Parteien verschiedener Nationalität geschlossen wird. Schliessen dagegen Angehörige einer und derselben Nationalität, die sich nur zufällig vielleicht auf einer Reise im Auslande zusammen befinden, einen Vertrag, so ist doch wohl ihr stillschweigender oder richtiger unbewusster Wille dahin zu ergänzen, dass das Recht ihres Staates massgebend sein soll: beispielsweise wenn zwei Deutsche auf einer Reise durch Frankreich einen Vertrag schliessen, wird in Ermangelung eines abweichenden ausdrücklichen Willens, zumal wenn der Vertrag in Deutschland erst erfüllt werden soll, ihre Unterwerfung unter das deutsche Privatrecht zu unterstellen sein. Es ist demnach keine abstrakte Regel für die Ermittelung des präsumtiven Willens aufzustellen; vielmehr kommt es, wie der Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs sehr richtig hervorhob, auf „die Umstände des Falls" an, und nur subsidiär, wenn gar kein *praesumtio facti* zu begründen, wird man auf die *lex loci contractus* zurückgreifen, als auf das Gesetz, das principiell nach dem Territorialprincip alle in seinem räumlichen Geltungsgebiet geschehenen Rechtshandlungen beherrscht. Die Cession einer Forderung ist unabhängig von dem durch sie übertragenen Forderungsrecht selbst, als abstractes Rechtsgeschäft, gewissermassen *quasi-traditio*, also principiell weder von dem Recht des Domicils des Schuldners noch von dem Recht, das am Domicil des Cedenten gilt, abhängig, vielmehr ist m. E. auch hier der Ort, wo dieser einzelne Rechtsakt vorgenommen wird, in letzter Linie massgebend, falls nicht nach den Umständen des Falls ein abweichender präsumtiver Unterwerfungswille begründet werden kann. Dies gilt besonders für die etwaigen Formrequisite. Dagegen können selbstverständlich Gesetze, die am Orte des Schuldners gelten und gewisse Forderungen für uncessibel erklären, als Gesetze von zwingendem Charakter nicht durch Abschluss der Cession

in einem anderen Rechtsgebiete umgangen werden. Die Verjährung der Forderungen gilt nach ziemlich einstimmiger Meinung der bisherigen deutschen Theorie und Praxis als ein Institut des materiellen Rechtes und wird daher ihre Beurtheilung von der leider oft so zweifelhafte Frage, welchem Rechte die Obligation überhaupt unterzuordnen sei, abhängig gemacht. Mir persönlich erscheint die in der englischen und amerikanischen Jurisprudenz vorherrschende Meinung, dass sie als ein wesentlich processuales Institut zu gelten und von der *lex fori* abhängen müsse, aus praktischen Gründen den Vorzug zu verdienen. Auch wenn man das Institut der Verjährung nicht dem Prozessrecht einreihen will, sollte man seinen singulären rechtspolizeilichen Charakter nicht verkennen und es aus diesem Grunde zu den zwingenden Gesetzen zählen, für die allein die *lex fori* massgebend sein kann.

b) Von einem auch nur präsumtiven Unterwerfungswillen kann nicht die Rede sein bei den Delictsobligationen. Bei diesen, wie bei den ihnen hinsichtlich unserer Frage ganz gleichstehenden Obligationen *ex quasi contractu* und *quasi-delicto* ist nicht ein auf die Hervorbringung der Obligation gerichteter Parteiwille, — diesem wäre es gewiss lieber den Rechtsfolgen zu entgehen, — sondern das Gesetz der wesentliche Entstehungsgrund. Dagegen wird der secundäre Entstehungsgrund in allen diesen Fällen auf eine Handlung im weitesten Sinne, einschliesslich Unterlassungen, hinaus laufen. Man wird also zunächst den Ort der Handlung entscheiden lassen, wobei zum Begriff der Handlung zwecks Bestimmung des Thatorts nach herrschender Lehre auch die Wirkung zu rechnen ist. Zu beachten ist aber, dass dieser Grundsatz eine Einschränkung erleiden muss durch den zwingenden Charakter sowohl etwaiger positiver Gesetze über unerlaubte Handlungen als auch umgekehrt der sittlichen und rechtlichen Anschauungen, die negativ ein fremdes Gesetz über solche als ungerecht und verwerflich erscheinen lassen können. Aus letzterem Grunde hat das Einführungsgesetz, des im übrigen die *lex loci actus* stillschweigend als massgebend voraussetzt, in Art. 12 ausdrücklich bestimmt, dass aus einer im Auslande begangenen unerlaubten Handlung „nicht weitergehende

Ansprüche geltend gemacht werden können, als nach den deutschen Gesetzen begründet sind.“ Ob ein deutsches Gesetz sich auch auf im Auslande begangene unerlaubte Handlungen erstreckt, dies festzustellen, ist Sache der Gesetzesauslegung im Einzelnen.

Besonders zu behandeln sind hier schliesslich noch einige Verhältnisse und Institute des Familienrechts, die weil mehrere Personen dabei in Frage kommen oder weil der Gesichtspunkt des *ordre public* oder zwingenden Rechts vorwiegt, nicht einfach nach dem Personal-Statut zu bestimmen waren. Wenn ein Gesetzbuch, wie unser Bürgerliches § 1297 das Verlöbniss für unklagbar erklärt, so ist dies ein Grundsatz sittlichen, also zwingenden Charakters. Es kann daher auch aus einem im Auslande und selbst von Ausländern geschlossenen Verlöbniss im Inlande nicht geklagt werden. Im übrigen ist streitig; ob die Wirkungen des Verlöbnisses sich nach dem Recht am Ort des Abschlusses oder der beabsichtigten ehelichen Niederlassung [1]) oder nach den beiderseitigen Personalstatuten [2]) bestimmen. Der letzteren Ansicht ist wohl der Vorzug zu geben und im Fall einer zwischen den beiderseitigen Personalstatuten (bei verschiedener Staatsangehörigkeit) sich ergebenden Collision zu Gunsten des verklagten Theils zu erkennen (z. B. wegen Verpflichtung zur Rückgabe von Brautgeschenken).

Die Ehemündigkeit, sowie sonstige Voraussetzungen der persönlichen Verhältnisse zur Eingehung einer Ehe, Verwandtschaftshindernisse, auch Einwilligung von Eltern, Behörden u. s. w. rechnet Art. 13 des Einf. Ges. zu den Personalstatuten und lässt demnach „in Ansehung eines jeden Verlobten die Gesetze des Staates“ entscheiden, dem er angehört. Allein auch hier ist der durch Art. 30 des Einf. Ges. besonders sanktionirte Grundsatz des diese Anwendung eventuell ausschliessenden zwingenden Rechtes wohl zu beachten. Daher ist z. B. zweifellos auch einem Mohamedaner die Eingehung einer Ehe mit einer Deutschen zu versagen, falls er schon verheirathet ist,

[1]) RG. XX, S. 334.

[2]) v. Bar, I. 479.

und die trotzdem etwa geschlossene Ehe ist von deutschen Gerichten als nichtig zu behandeln.

Für das Ehescheidungsrecht nahm bislang die überwiegende Meinung an, dass aus seinem zwingenden Charakter die ausschliessliche Anwendung der *lex fori* sich ergebe.[1]) Anders hat sich grundsätzlich der Art. 17 des Einf. Ges. entschieden: die Gesetze des Staates sollen massgebend sein, dem der Ehemann zur Zeit der Erhebung der Klage angehört. Doch wird auch dieser Artikel durch den Art. 30 in der Praxis manche Einschränkung erfahren. Eine wichtige Einschränkung ist auch die durch Abs. 2 der Art. 17 gebotene Beschränkung derjenigen Scheidungsgründe, die in einer Zeit entstanden sind, als der Mann einem anderen Staate angehörte, als demjenigen, dem er zur Zeit der Klageerhebung angehört.

Die vermögensrechtlichen Folgen der Eheschliessung ordnet Art. 15 des Einführungs-Gesetzes den deutschen Gesetzen unter, wenn der Ehemann zur Zeit der Eheschliessung ein Deutscher war. Damit ist die bislang im gemeinen Recht in der Praxis befolgte Anwendung des Domicilprincips, — Domicil der ersten ehelichen Niederlassung — für die Zukunft ausgeschlossen; offenbar setzt das Einführungs-Gesetz allgemein für das eheliche Güterrecht die Gesetze des Staates voraus, dem der Ehemann zur Zeit der Eheschliessung angehört; aber für den Fall, dass in einem ausländischen Staate auf diesem Rechtsgebiet dieselbe statutarische Verschiedenheit herrscht, wie bis dato in Deutschland, wird man doch auf das Domicilprincip zurückgreifen müssen. Ein Wechsel der Staatsangehörigkeit nach Eingehung der Ehe ist ohne Einfluss, ebenso wie bislang ein Wechsel des Domicils, da es sich hier um wohlerworbene Rechte handelt; — nur wird durch solchen Wechsel der Einfluss etwaiger die Vertragsfreiheit hemmenden Vorschriften des bis dahin massgebenden Rechts beseitigt, aus dem Grundsatz des Art. 30 (Art. 15, Abs. 2 a. E.)

Da das Einführungs-Gesetz allgemein von dem Grundsatz ausgeht, dass die Staatsangehörigkeit die Personalstatuten be-

[1]) RG. IX 191.

stimmt, so wurde noch eine Ergänzungsbestimmung nothwendig für den nicht unmöglichen Fall, dass eine Person keinem Staate angehört, vielleicht weil sie ihre frühere nach den Gesetzen über Erwerb und Verlust der Staatsangehörigkeit verloren und eine neue noch nicht wieder erworben hat. In solchen Fällen soll nach Art. 29 das Recht der früheren Nationalität fortdauern; falls die Person aber auch früher keinem Staate angehört hat, soll das Recht des Domicils, event. des Aufenthaltsorts (zu der massgebenden Zeit) angewandt werden.

Ein eigenthümliches Dilemma entsteht für das internationale Privatrecht dadurch, dass es nicht selten vorkommt, dass der auswärtige Staat, nach dessen Gesetzen nach den inländischen Bestimmungen über internationales Recht ein Recht oder Rechtsverhältniss zu beurtheilen ist, seinerseits dieses Recht oder Rechtsverhältniss dem inländischen (von seinem Standpunkt aus ausländischen) Gesetz zuweist, beispielsweise etwa weil sein positives internationales Recht in einem Falle das Domicilprincip oder die *lex loci contractus* zu Grunde legt, wo das diesseitige vom Nationalitätsprincip ausgeht. Dieses Dilemma der Rückverweisungen beseitigt Art. 18 des Einf. Ges., es soll in solchen Fällen das deutsche Gesetz angewendet werden. Man will dadurch einem negativen Conflict vorbeugen. Vollständig freilich werden solche negative, wie nicht minder positive Conflicte auch in Zukunft nicht zu umgehen sein. So kann es vorkommen, dass keiner der für einen Fall in Betracht kommenden Staaten ein Individuum als ihm zugehörig anerkennen will (negativer Conflict), oder auch, dass mehrere Staaten gleichzeitig ein Individuum als ihm zugehörig betrachten oder einen Anspruch desselben oder ein Rechtsverhältniss nach ihren materiell verschiedenen Gesetzen beurtheilen. Endgültig werden solche im einzelnen Fall für die dadurch betroffenen Personen sehr lästige Conflicte nur durch internationale Vereinbarungen zu lösen sein.

Ueberhaupt ist das internationale Privatrecht in befriedigender Weise nicht auf dem Wege einseitiger Gesetzgebung, sondern nur durch Staatsverträge zu lösen. Je mehr der Verkehr die Angehörigen der verschiedensten Staaten durcheinanderwürfelt, um so dringlicher erscheint die Einbe-

rufung eines allgemeinen Staatencongresses zur Vereinbarung eines die wichtigsten Grundsätze des internationalen Privatrechts feststellenden gemeinsamen Vertrages.

Bevor eine soche allgemeine Convention das positive internationale Privatrecht zu einem wahren Weltrecht gestaltet, wird unausbleiblich auch das völkerrechtliche Kampfmittel der Retorsion oder Wiedervergeltung einzelnen Staaten gegenüber, die den Ausländer unbillig behandeln, unentbehrlich. Daher behält der Art. 30 des Einf.-Ges. dem Reichskanzler vor, unter Zustimmung des Bundesraths anzuordnen, dass „gegen einen ausländischen Staat sowie dessen Angehörige und ihre Rechtsnachfolger ein Vergeltungsrecht zur Anwendung gebracht werde"; durch solche Anordnungen können also die in Vorstehenden entwickelten Grundsätze und positiven Satzungen im einzelnen Falle wieder ausser Kraft gesetzt werden.

Endemann[1]) tadelt nicht mit Unrecht diesen Artikel deswegen, weil der vom Einführungs-Gesetz nur hinsichtlich der Beerbung von Ausländern, die in Deutschland wohnen, in Art. 25 befolgte Grundsatz der Gegenseitigkeit (Reciprocität) besser zur allgemeinen Voraussetzung der Anwendung fremdländischer Gesetze erhoben wäre. „Politisch weise ist es; nicht erst nach übelen Erfahrungen den Fremden zu entziehen, was ihnen nach den Reichsgesetzen gebührt: sondern die Vortheile der Anerkennung nur dem zu gewähren, der gleiche Anerkennung dem Deutschen in seinem Staate gewährleistet."

Ueberhaupt kann die positive Regelung des internationalen Privatrechts im Einf.Ges. kein legislatives Lob beanspruchen: es wäre besser gewesen, mit dem ersten Entwurf diese ganze Materie unberührt zu lassen und sie lediglich unter Aufhebung der verschiedenen einschlägigen positiven landesgesetzlichen Vorschriften der Wissenschaft und Praxis zu überlassen. Denn letztere sind elastischer und anpassungsfähiger. Zur positiven Regelung berufen ist für diese, eigentlich zum Völkerrecht gehörige Materie, ausschliesslich der Staatsvertrag. Je mehr die einzelnen Staaten in Befolgung der oben von

[1]) Einführung in das Studium des B.G.B. S. 44.

uns als falsch gekennzeichneten Wächter'schen Auffassung durch einseitige Regelung in dieses Rechtsgebiet eingreifen, um so grössere Schwierigkeiten erwachsen der internationalen Verständigung. Das Schlimmste ist noch, dass diese einseitige Gesetzgebung der einzelnen Staaten, — und dies gilt wieder ganz besonders von dem Einführungs-Gesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch, — immer nur sehr bruchstückweise verfahren. Indem z. B. das Einführungs-Gesetz grundsätzlich sich auf die Ordnung der Rechte und Rechtsverhältnisse deutscher Staatsangehöriger beschränkt und nach staats- und völkerrechtlichen Grundsätzen beschränken musste, entsteht ein sehr unerquickliches, wieder nur durch das möglicherweise auf ganz anderen Grundlagen argumentirende Recht der Wissenschaft auszufüllendes *vacuum*; schon der Versuch einer Darstellung des Gegenstandes, wie wir ihn hier leider nicht umgehen konnten, wird die durch diese fragmentarische Regelung erwachsene Unzuträglichkeit sehr fühlbar gemacht haben.

Zieht man nun noch in Betracht, dass die Normen des Einführungs-Gesetzes über internationales Privatrecht nicht gelten für die vielen Gebiete, die dem Landesrechte vorbehalten sind, so ist der durch das Einführungs-Gesetz geschaffene Zustand als ein höchst unerquicklicher zu bezeichnen.

Zweiter Abschnitt.

Allgemeine Theorie der Rechte.

§ 1.

Begriff und Natur des Rechts im subjectiven Sinne.

Literatur: v. Ihering, Geist des römischen Rechts Bd. 3 Abth. 1 § 60 ff. Dernburg, Pandekten I § 39.

Die Begriffsbestimmung des Rechts im objectiven Sinne ist ziemlich einfach und unbestritten. Recht im objectiven Sinne ist die Summe aller Rechtsnormen. Dabei ist nur zu

beachten, dass nicht die geschriebenen Normen als solche, sondern die durch Staat und Gesellschaft gewährleistete Verwirklichung solcher, die eventuell durch Zwang gesicherte Ordnung des Gemeinlebens (vgl. S. 8 oben) das Wesen des objectiven Rechtes ausmacht. „Das Wesen des (objectiven) Rechts, was immerhin auch seine Aufgabe, sein Ziel, sein Inhalt sein möge, besteht in der Verwirklichung, die Voraussetzung dazu aber ist die Macht, das Organ und der Träger der Macht aber der Wille.“ (Ihering, a. a. O. S. 318). Insofern ist es nicht unrichtig, das objective Recht als einen „allgemeinen Willen“ zu bezeichnen.

I. Aber es wäre verfehlt, hieraus den Schluss zu ziehen, dass das Recht im subjectiven Sinne nun ebenfalls nichts anderes sei, als die durch diesen allgemeinen Willen gedeckte individuelle Willensmacht, das Recht im subjectiven Sinne zu definiren sei es als die Befugniss zu handeln, sei es als ein „Wollendürfen“ (Windscheid, Pand. 1 § 37. Puchta, Pand. § 22, § 118), oder (Kierulf, Civilrecht) als „concrete Einheit des Staats- und Einzelwillens.“ Die Verfehltheit dieser Definitionen lässt sich leicht darlegen. Zunächst kann bei einem unmündigen Kinde, einem Geisteskranken von einem Wollendürfen im rechtlichen Sinne, wie wir später sehen werden, nicht die Rede sein. Andrerseits war z. B. der römische Sklave rechtlos, aber wohl willensfähig im rechtlichen Sinne, er konnte durch seine Handlungen unter Umständen seinen Herrn verpflichten. Vor allem aber liegt das Wesen vieler Rechte für das Subject, dem sie zukommen, viel weniger in einem positiven Wollendürfen, in der Ausübung einer Befugniss, dies oder das zu thun oder zu lassen, als vielmehr darin, den Willen Anderer zu beschränken, zu verlangen, dass sie nicht eingreifen in seine Rechtssphäre; man denke z. B. an das Recht auf körperliche Integrität, auf Ehre, oder auch nur an das Eigenthum und andere dingliche Rechte, auch an absolute Rechte, wie das des Urhebers geistiger Erzeugnisse. Es ist das Verdienst v. Iherings, die aus der Hegel'schen Rechtsphilosophie entsprungene formale Auffassung des Rechts im subjectiven Sinne als einer Willensmacht widerlegt und das substantielle Moment der subjectiven Rechte zur Geltung gebracht zu haben.

Das Recht im subjectiven Sinne ist ein Werthbegriff. Es gab bereits Rechte im subjectiven Sinne, bevor es eine allgemein anerkannte objective Rechtsordnung gab. In dieser vorgeschichtlichen Zeit beanspruchte und verwirklichte das Individuum als seine Rechte Alles, woran es ein hinreichendes Interesse nahm, um seine Willenskraft und Thatkraft, — Selbsthülfe war damals das einzige Schutzmittel der Rechte — gegen andere Willensmächte einzusetzen, soweit es dieses mit Erfolg vermochte. Interesse heisst gefühlsmässige Erkenntniss der Lebensbedingtheit durch subjective oder objective Umstände. Alles, was für uns ein Interesse hat, nennen wir ein Gut. Sofern wir vom Besitz solcher innerer oder äusserer Güter unser Leben — Leben hier ebenfalls im weitesten Sinne nicht als blosse Existenz, sondern als freiste Bethätigung des Daseinsgenusses genommen — für bedingt erkennen, sprechen wir von Lebensgütern. Ein solches Lebensgut braucht keineswegs ein greifbarer Gegenstand der Aussenwelt oder des Sinnengenusses zu sein, ein Lebensgut im eminentesten Sinne ist z. B. die Freiheit, die Ehre u. s. w.

Die Schaffung einer objectiven Rechtsordnung, die wichtigste Bedeutung des Staates nun läuft vor allem darauf hinaus, Jedem, auch dem zum eigenen willens- und thatkräftigen Schutz seiner Lebensgüter nicht genügend mächtigen Individuum eine gewisse Summe solcher Lebensgüter durch den Schutz des objectiven Rechts, d. h. der staatlichen Ordnung zu gewährleisten. In diesem Sinne können wir mit v. Ihering das Recht im subjectiven Sinne als ein staatlich geschütztes Interesse definiren. Dabei ist freilich zu beachten:

1. dass nicht der rein subjective Interessenmassstab, nicht die rein individuelle Werthschätzung, sondern die Werthschätzung, welche der allgemeine und dadurch objective Schätzungsmassstab deckt, ein Interesse des Schutzes der staatlichen Rechtsordnung theilhaft macht. Rechte sind nur diejenigen Interessen, die der Gesetzgeber für würdig erachtet, geschützt zu werden, nicht diejenigen, die er für unsinnig oder gar unsittlich hält, z. B. unsinnige Servituten (*servitus fundo utilis esse debet*), unsittliche Verträge. Daher reichen

die Rechte eines jeden Zeitalters nur soweit, als der Interessenhorizont seiner rechtbildenden Faktoren. Erst in unserer modernen Zeit konnten z. B. die Rechte des sog. geistigen Eigenthums, ja sogar Rechte an der Photographie u. s. w. zur allmähligen Anerkennung gelangen. Gerade an diesem objectiven Interessenmassstab erweist sich die Verfehltheit der Willenstheorie, das Recht ist nicht dazu da, ein Spielraum abstracter Willensfreiheit zu sein, die sich unter Umständen sogar zu einer selbstmörderischen Freiheit gestalten könnte. Vgl. S. 31 oben.

2. Das Interesse bildet den Zweck und die Voraussetzung des Rechts im subjectiven Sinne nur *in abstracto*, nicht *in concreto*. Ein concretes Interesse braucht in den meisten Fällen zur Erlangung des staatlichen Rechtsschutzes nicht nachgewiesen zu werden. (Allerdings fordert das Recht zuweilen auch diese Voraussetzung, z. B. im Fall der Feststellungsklage.)

3. Nichts wäre verfehlter, als den Begriff des Interesses mit dem des Geldinteresses zu identificiren, wie beispielsweise die bislang vorherrschende ganz falsch Theorie des Obligationenrechts (Puchta, Pand. § 220) L. 14 § 1 *D. de serv. corrupt.* 11, 3. *l.* 54 *D. mand.* 17. 1. Auch im Privatrecht, das daher sehr zu Unrecht vielfach mit Vermögensrecht verwechselt wird, kommen zahlreiche nicht auf Geld reducirbare Interessen zur Geltung.

Das substantielle Element des Rechts im subjectiven Sinne ist also die abstracte Möglichkeit eines Genusses; denn das Wesen eines „Guts“ besteht in der Möglichkeit seines Genusses. Die Form des Genusses kann sich verschieden gestalten. Einmal kann der Genuss mit dem Rechte selber gegeben sein, als dauernder Zustand, Freiheit, Ehre, negative Servituten. Sodann kann er ein jeweiliges Handeln voraussetzen; und diese Genussform kann wiederum sein eine reale, *uti, frui*, unmittelbare, oder eine ideale, juristische, letztere durch Verwerthung (mittels Kauf, Tausch, Miethe) entweder a) der Sache oder b) des Gebrauchs oder auch c) durch liberale Verwendung zu Gunsten Anderer.

Das formale Moment des Rechts im subjectiven Sinne

ist der von der objectiven Rechtsordnung gewährte Schutz. Solange dieser Schutz nur indirect durch öffentliche, sei es polizeiliche, sei es staatsrechtliche Verwaltungsmassregel gewährt wird, z. B. Schutzzölle, kann ebenfalls von einem Privatrecht keine Rede sein. Ein subjectives Privatrecht ist erst dann gegeben, wenn der Staat sei es durch Klage, sei es durch Gestattung der Selbsthilfe den Selbstschutz des fraglichen Interesses garantirt. Vgl. oben § 1 S. 2. Die privatrechtliche Klage ist die dem Individuum anheimgestellte Initiative zur Verwirklichung eines Rechts, ein staatlich bevormundetes Selbsthülfeverfahren. „Die Klage ist das Kriterium der Privatrechte". (v. Ihering, Geist des röm. Rechts II. 2. § 61 S. 340).

II. Aus dem Begriffe des Rechts im subjectiven Sinne ergibt sich von selbst der Begriff des Rechtsverhältnisses. Rechtsverhältniss ist das durch das subjective Recht begründete Verhältniss zwischen dem Subject und einem Gegenstande (im weitesten Sinne) oder einem anderen Subject. Ein Rechtsverhältniss ist auch der Besitz. Nur mit dem Recht der Persönlichkeit und seinen unmittelbaren Abzweigungen ist kein Rechtsverhältniss verbunden. Dagegen vereinigt sich mit diesem sowie mit allen absoluten Rechten der Begriff des Rechtszustandes. Rechtszustand ist die durch das objective Recht bestimmte rechtliche Qualität (Zweckbestimmung) einer Person oder Sache. Siehe näheres unter III. Nicht zu verwechseln mit dem subjectiven Recht ist die Befugniss (Dispositionsbefugniss), ein Begriff, der keinerlei andere Bedeutung hat als Freiheit in der Wahl der Genussformen.

Dagegen ist als eine untaugliche Schöpfung Windscheids[1]) der zweifelhafte Begriff „Anspruch" zu bezeichnen, der aber leider in die Terminologie des Bürgerlichen Gesetzbuchs übergegangen ist. Man soll darunter bald eine processualisch geltend gemachte Behauptung einer Leistungspflicht des Processgegners, bald wieder die gegenwärtige „Befugniss auf Thun oder Unterlassen", ein Recht auf Leistung gegenüber einer gewissen Person oder gar (bei absoluten Rechten)

[1]) Windscheid, Die Actio des römischen Civilrechts 1856.

„gegen Niemanden nicht“ (Windscheid) d. h. gegen Jedermann verstehen, sich einer jeden Antastung zu enthalten. Der Begriff ist entweder identisch mit concreter Geltendmachung des subjectiven Rechts auf einen Gegenstand und überflüssig oder, wenn er an Stelle des römischen *actio* bezw. des subjectiven Rechts von seiner formalen Seite betrachtet treten soll, falsch bezeichnet. Nach dem deutschen Wortsinne charakterisiren sich, wie Dernburg, Pand. § 39, 3 richtig bemerkt, Ansprüche durch den Leistungsgegenstand, Rechte durch ihren Entstehungsgrund, und derselbe Anspruch kann auf verschiedenen Rechten im subjectiven Sinne beruhen, und umgekehrt können aus demselben Rechte im subjectiven Sinne verschiedene Ansprüche erwachsen. (Anspruch auf Schadensersatz bei Concurrenz der *actio legis Aquiliae* und *actio locati*, Ansprüche auf Rückgewähr und Schadensersatz aus dem *interdict. unde vi.*)

III. Die Wirkungen der Rechte sind entweder active oder passive. (Vgl. v. Ihering, Jahrb. f. Dogmatik X. S. 387 ff.)

1. Die active Wirkung besteht darin, dass das Subject in die Lage versetzt wird, die Macht, die ihm das Recht gewährt, in seinem Interesse auszubeuten. Nach altrömischer Auffassung war diese active Seite des Rechts eine persönliche Qualification, ein von der Person untrennbares Prädicat, daher an sich unübertragbar. Nur auf Umwegen konnte die Ausübung übertragen werden (z. B. Cession galt nicht als Uebertragung der Forderung, sondern als eine Art der Stellvertretung).

Im modernen Recht gilt das Recht im subjectiven Sinne nach seiner activen Seite hin als ein ideales Object, als *res incorporalis* und ist daher der Regel übertragbar. Unübertragbar sind jedoch auch jetzt noch Familienrechte, auch das Recht der Mitgliedschaft bei einem Verein.[1])

Uebrigens kennen wir sogar subjective Rechte, die im Interesse ihrer Circulationsfähigkeit nicht an die individuell bestimmte Person geknüpft sind, sondern an Voraussetzungen bestimmter Art, die ihre Subjecte wechseln können; ein Bei-

[1]) § 38 B.G.B.

spiel dieser Art von subjectiven Rechte bildete schon im römischen Recht die Prädialservitut; die aktive Seite des Rechts wechselte hier mit dem Besitz eines Grundstücks; heutzutage gehören hierher vor allem die Rechte aus Inhaberpapieren.

2. Die passive Wirkung kommt nur bei relativen Rechten vor und besteht in der Gebundenheit des Gegenstandes an eine dem activen Rechte entsprechende Zweckbestimmung.

Undenkbar ist natürlich der Begriff eines subjectlosen Rechtes, obwohl Windscheid, Pand. I § 49 solche Rechte annimmt. Wohl ist es möglich, dass die passive Wirkung eines Rechtes nach Erlöschen der activen Wirkung fortbestehen kann als eine (passive) Gebundenheit eines Gegenstandes für zukünftige menschliche Zwecke. Hierauf beruht die Möglichkeit, dass ein in einer Person erloschenes Recht in einer anderen mit gleichem Inhalt wieder auflebt. Wenn das *praedium dominans* derelinquirt ist, lebt die Servitut bei neuer Occupation für den Eigenthümer wieder auf; ebenso kann der Occupant die Rechte aus derelinquirten Inhaberpapieren geltend machen.[1])

Diese passive Gebundenheit eines Gegenstandes oder einer Person kann auch das eigenthümliche zwischen Sein und Nichtsein schwebende werdende Recht oder Rechtsverhältniss schützen. So ist z. B. eine (suspensiv) bedingte Forderung noch nicht existent, das Recht ist „noch in der Schwebe"; gleichwohl darf der eventuelle Schuldner seine Entstehung nicht wider Treu und Glauben vereiteln, *l.* 161. *D. de reg. jur.* 50, 17. *l.* 24 *D. de cond. et dem.* 35, 1. Er ist passiv gebunden.

Auch die Regel: *nasciturus pro jam nato habetur, quotiens de commodis ejus agitur* lässt sich, wenn man dem keimenden Leben noch keine Rechtssubjectivität beilegen will, aus dem Gesichtspunkt der passiven Gebundenheit verständlich machen.

Ferner ist nach römischem Recht der Ehemann zwar Eigenthümer der Dotalsachen, aber sein Eigenthum ist zu Gunsten der nach Auflösung der Ehe wieder in volle Wirksamkeit

[1]) Ein interessantes anderes Beispiel siehe weiter unten § 3. (Wiederaufleben einer Ehe bei Anfechtung der später geschlossenen, nach Todeserklärung des ersten Ehegatten.)

tretenden Rechte der Frau passiv gebunden, z. B. durch das Veräusserungsverbot das *fundus dotalis*.

§ 2.

Das Rechtssubject. Recht der Persönlichkeit. Rechtsfähigkeit und Handlungsfähigkeit.

1. Aus dem im vorigen Paragraphen entwickelten Begriffe des Rechts im subjectiven Sinne ergiebt sich von selbst der Begriff des Rechtssubjects. Rechtssubject ist eben jedes Wesen, das als Träger staatlicher geschützter Interessen, als Theilhaber von Rechtsgütern, d. h. von Lebensgütern, deren Schutz die jeweilige Rechtsordnung gewährleistet, in Betracht kommen kann. Da das subjective Recht das objective Recht voraussetzt, so ergiebt sich zugleich die positive Natur dieses Begriffes. Welcher Art dieses Wesen sein müsse, ob z. B. jeder Mensch als Rechtssubject zu gelten hat oder nicht, ob auch Thiere oder gar Sachen oder auch künstlich geschaffene Gedankendinge, imaginäre Wesen als Rechtssubjecte anzusehen sind, ist Sache der positiven Gesetzgebung. Die Rechtsgeschichte zeigt uns, dass nicht immer alle Menschen als mögliche Träger von Rechten gegolten haben. Denn Sklaverei ist nichts anderes als Verneinung der Rechtssubjectivität. Umgekehrt werden wir auch im heutigen Rechte unter den sog. juristischen Personen auf imaginäre Wesen stossen, denen das positive Recht Rechtsubjectivität beilegt, wie das römische Recht seiner Zeit imaginären Wesen, z. B. den einzelnen Göttern subjective Rechte zuerkannte.[1])

Ein Wesen als Rechtssubject anerkennen heisst nichts

[1]) Anders liegt die Sache für die Rechtsphilosophie d. h. die Theorie vom Rechte, wie es sein soll, nicht wie es ist. Hier mag die Frage erörtert werden, ob alle Menschen als Rechtssubjecte anzuerkennen sind, ob die Sklaverei, der „bürgerliche Tod“ zu verwerfen ist oder nicht, hier mag auch erörtert werden, ob auch der noch Ungeborene oder der Verstorbene, ob eventuell auch Thiere als Rechtssubjecte anzuerkennen sein sollten oder nicht; hierher gehört meines Erachtens auch die vielfach zu Unrecht in den Systemen des Privatrechts eingehend discutirte Frage nach der Zulässigkeit der Rechtsfähigkeit bloss imaginärer Wesen, der „juristischen Personen“.

anderes als es in juristischer Hinsicht als Selbstzweck anerkennen, d. h. es aus der Reihe der blossen Objecte, der als Mittel, als Daseinsbedingungen für Andere geltenden Gegenstände zum Subject, zu einem für sich Seienden erheben! Synonym mit Rechtssubjectivität ist das Wort Persönlichkeit geworden. Man bezeichnet daher auch die allgemeine Fähigkeit, Träger von subjectiven Rechten zu sein, als Recht der Persönlichkeit, welches somit das juristische Urrecht im subjectiven Sinne ist. Denn der Mensch als Selbstzweck gedacht heisst Person.

Die Person ist Träger des subjectiven Rechts d. h. das Recht ist ihretwegen da; die Interessen, die Zwecke der Person sollen durch das Recht gesichert und geschützt werden, und zwar gilt das (subjective) Recht als eine Eigenschaft, als Qualität der Person. Diese Eigenschaft der Person als Rechtsträgers ist wohl zu unterscheiden von derjenigen als Destinatärs des Rechts. Beide können auseinanderfallen, es kann die eine Person Rechtsträger, die andere Destinatär des Rechts sein d. h. das Recht soll ihrem Vortheil, ihrem materiellen oder ethischen Wohle dienen. Ein solches Beispiel des Auseinanderfallens des Destinatärs und Rechtsträgers bietet einmal die *fiducia*, sodann die juristische Person, bei der wir darauf zurückkommen werden.

Regelmässig ist endlich auch die Person Disponent des Rechts d. h. ihr steht es zu, das Recht geltend zu machen oder aufzugeben. Eine Ausnahme macht jedoch zunächst das Recht der Persönlichkeit selbst, sowie andere unverzichtbare Rechte, vgl. S. 31 oben.

Von der Persönlichkeit oder Rechtssubjectivität möchten wir aber unterscheiden die Rechtsfähigkeit, obwohl auch dieser Begriff meistens mit der Rechtssubjectivität identificirt wird (auch im Bürgerlichen Gesetzbuch). In der Persönlichkeit sind keine Stufen denkbar, wohl aber in der Rechtsfähigkeit. Vor allem ist es möglich, dass ein positives Recht einen grossen Unterschied macht zwischen der Fähigkeit, Träger von öffentlichen, politischen Rechten und von blossen Privatrechten zu sein. Zur Zeit noch entbehrt die grössere Hälfte der Menschheit, das weibliche Geschlecht, fast jeglicher

Rechtsfähigkeit in activ politischer Hinsicht. Hier haben wir uns freilich nur mit den Privatrechtsfähigkeit zu beschäftigen.

Das gemeine römische Recht, wie es sich nach der Reception des römischen Rechts durch die moderne Entwicklung gestaltet hat, erkennt die Privatrechtsfähigkeit aller Menschen an.

Die Frage aber, von welchem Augenblicke an der Mensch als für sich seiendes Wesen zu gelten habe, entscheidet man durch den Satz, dass die Leibesfrucht noch ein untrennbarer organischer Theil der Mutter, *portio viscerum* [1]) sei, dahin, dass die Privatrechtsfähigkeit des Menschen erst mit der Geburt beginne.

Geburt ist vollständige Trennung vom Mutterleibe.

Wie diese Trennung geschehen, ob natürlich oder gewaltsam, ist gleichgültig. [2]) Nur muss das Kind lebend zur Welt kommen. Nicht nöthig ist aber, wie dies einzelne ältere deutsche Particularrechte, dass es ein äusserliches Lebenszeichen etwa durch Schreien von sich gebe, „die vier Wände beschrieen habe". Das Gegentheil beweist die *cit. l.* 12. Heutzutage ist es leicht für den medizinischen Sachverständigen festzustellen, ob ein Kind auch nur einige Minuten nach der Geburt gelebt hat oder nicht (Lungenprobe). Hat es auch nur für Augenblicke getrennt vom Mutterleibe gelebt, so ist ein Rechtssubject vorhanden gewesen, das Rechte erwerben konnte, eine zumal für die Gestaltung erbrechtlicher Verhältnisse oft sehr erhebliche Thatsache.

Uebrigens kann vom Standpunkte unserer Definition der Rechte im subjectiven Sinne die Frage, ob die Rechtspersönlichkeit des Menschen wirklich erst mit der Geburt und nicht schon mit der Empfängniss beginne, ungeachtet des eben gegebenen zunächst einleuchtenden Grundsatzes gewissen Bedenken unterliegen. Einmal steht es fest, dass wie schon im römischen Recht (*l.* 39 *D. de poenis* 48, 19. *l.* 38 § 5

[1]) *l.* 111 *D. de insp. ventre* 25, 4.

[2]) *L.* 12 *D. de liberis et postumis* XXVIII. 2: *natum accipe et si exsecto ventre editus sit: nam et hic rumpit testamentum. — Quid tamen, sic non integrum animal editum sit, cum spiritu tamen, an adhuc testamentum rumpat? et tamen rumpit.* (*Ulpian libro* IX. *ad Sabinum.*)

D. de mortus infer. XI. 8. l. 18 *D. de statu hominum* I. 5[1]) so auch im jetzigen Strafrecht, §§ 218—220 St.G.B., das keimende Leben criminell geschützt wird. Aber auch privatrechtlich werden die Interessen des concipirten, aber noch ungeborenen Wesens geschützt, er kann als schon *in rerum natura* vorhanden zum Erben eingesetzt werden; da es ungewiss ist, wie viel geboren werden, sollen zur Wahrung der Intestaterbrechte drei Erbtheile zurückbehalten werden,[2]) indem man die Möglichkeit, dass noch mehr als Drillinge geboren werden als zu unwahrscheinlich für das Recht ausser Acht liess.[3]) Ja, es kann ihm ein Curator ernannt werden.[4])

Allgemein wird daher die Regel aufgestellt: *nasciturus pro jam nato habetur quotiens de commodis ejus agitur l. 7 D. de statu hominum* 5. 1. — Alles dies für eine bloss dogmatische Fiction zu erklären ist keine Erklärung. Vielmehr hat Rudorff nicht mit Unrecht daraus den Schluss gezogen, dass der ungeborenen Leibesfrucht in gewissem Sinne doch die Rechtsfähigkeit nicht abzusprechen ist; nur widersteht es unserem natürlichen Gefühl, sie schon als Person zu betrachten.

Der Natur der Sache nach liegt nichts Unlogisches in der Annahme, sofern nur berücksichtigt wird, dass diese Rechtsfähigkeit wie die Persönlichkeit eine bedingte ist, bedingt durch die nachfolgende Geburt zum Leben. Es handelt sich eben um eine werdende Persönlichkeit, und das Recht kann die Kategorie des Werdens, des Uebergangs vom Nichtsein zum Sein so wenig leugnen und unbeachtet wie die Metaphysik und Ontologie. Es wäre ganz verfehlt zu behaupten, es wollte hier nicht die Interessen des keimenden Lebens selber schützen, sondern nur öffentliche Interessen (Sittlichkeit u. s. w) wahrnehmen; offenbar ist es das werdende Indi-

[1]) Die Vollziehung von Leibesstrafen ist aufzuschieben gegen eine Schwangere bis nach der Geburt.

[2]) *l.* 3 § 9 *l.* 6 *l.* 7. *D. de suis et legitimis* 38. 16.

[3]) *l.* 3 *D. si pars hered.* 5. 4: — τὸ γὰρ ἅπαξ ἢ δίς, *ut ait Theophrastus*, παραβαίνουσιν οἱ νομοθέται.

[4]) *l.* 1 § 17 *D. h. t.* 37. 9. B.G.B. § 1912.

viduum, dessen Interessenschutz sowohl das Strafrecht wie das Civilrecht hier in erster Linie bezweckt.[1])

Auch das Bürgerliche Gesetzbuch, das in seinem § 1 dem Pandektenrechte folgend die „Rechtsfähigkeit des Menschen mit der Vollendung der Geburt beginnen" lässt,[2]) hat sich dieser Anerkennung der bedingten Rechtsfähigkeit des Angeborenen nicht entziehen können: nach § 1923 „gilt, wer zur Zeit eines Erbfalls noch nicht lebte, aber bereits erzeugt war, als vor dem Erbfalle geboren"; nach §§ 2101, 2178 kann sogar der noch nicht erzeugte zum Erben eingesetzt und mit einem Vermächtniss bedacht werden, die Einsetzung oder das Vermächtniss gilt als suspensiv bedingt durch die Geburt, mit welcher der Anfall erfolgt (§ 2179) (§ 2106). Der Anfall wird in seinen rechtlichen Wirkungen auf die Zeit des Erbfalls zurückdatirt.

Wegen Ungewissheit der Geburt der Zahl nach hat man von der Regel der *l.* 3 *D.* 5, 4 Abstand genommen und in § 2043 die Auseinandersetzung bis zur Hebung der Unbestimmtheit überhaupt ausgeschlossen. Im § 844 wird dem noch Ungeborenen, aber zur Zeit der Verletzung Erzeugten ein Anspruch auf Schadensersatz gewährleistet gegen Jeden, der eine Person durch unerlaubte Handlung tötet, die für den Fall seiner Geburt zu seinem Unterhalt verpflichtet gewesen wäre; der Verletzer muss ihm nach der Geburt durch Entrichtung einer Geldrente insoweit Schadensersatz leisten, als der Getödtete während der muthmasslichen Dauer seines Lebens zur Gewährung des Unterhalts verpflichet gewesen wäre.

[1]) Andrer Ansicht Adamkiewicz, der Rechtbegriff der Curatel. Heymann 1892. S. 57 ff., 204 ff.

[2]) Es wäre gewiss besser gewesen, diesen doctrinären Satz wegzulassen oder sich darauf zu beschränken, die Rechtsfähigkeit jedem Menschen beizulegen. Vergl. Hölder, Archiv f. civilist. Praxis Bd. 73 S. 20; — „so wäre die Berücksichtigung des in der Entstehung begriffenen Menschen als einer in der Entstehung begriffenen Person vollständig offen gelassen und jeder falsche Schluss von der Geburt als dem Anfangspunkte der Rechtsfähigkeit auf die rechtliche Bedeutungslosigkeit des *nasciturus* ausgeschlossen".

Im übrigen vergleiche man zur juristischen Construction dieser bedingten Rechtswirkungen die Lehre von der passiven Gebundenheit § 1 S. 73 oben.

Schon bemerkt ist, dass auch das noch so kurze Zeit nach der Geburt wieder verstorbene Kind als Rechtssubject in den Vollbesitz aller bedingt seiner wartenden Rechte gelangt ist.

Diese Behauptung führt aber auf die Streitfrage, ob das Kind lebensfähig gewesen sein müsse oder nicht, um Rechte zu erwerben (Vitalität). Nach römischem Rechte kommt es zweifellos bei einem nach dem vollendeten sechsten Monate der Schwangerschaft geborenen nicht darauf an, ob das Kind nach der Geburt in Folge einer ihm anhaftenden natürlichen Schwäche oder auch organischen Krankheit oder eines erst hinzukommenden äusseren Umstandes, durch erworbene Krankheit oder falsche Behandlung u. s. w. gestorben ist. In diesem Sinne ist Lebensfähigkeit zweifellos nicht Voraussetzung der Privatrechtsfähigkeit. Dagegen ist nicht zu bestreiten, dass die vor dem siebenten Monat der Schwangerschaft eintretende Geburt nicht als Geburt, sondern als Fehlgeburt (*abortus*) galt. Man stützte diese Absicht auf die Physiologie, wie sie bereits von den Pythagoräern (allerdings mit Hinsicht auf deren Zahlenmystik) gelehrt wurde. Vgl. Pauli, *sententiae recept.* IV, *Tit.* 9 § 5.[1])

Insofern hält Wächter, Pand. I § 40[2]) mit Recht gegen Savigny, System II Beil. III S. 385—413, an dem Erforderniss der Vitalität fest, und nichts anderes meint auch wohl Dernburg, Pand. I § 50: „Das Kind muss vital oder lebensfähig sein — *partus perfectus* — d. h. mindestens nothdürftig ausgetragen sein, was angenommen wird, wenn es sich sechs Monate im Muterleibe befand.“

Dagegen ist nach dem Pandektenrecht eine weitere Anforderung an die Vitalität nicht zu stellen,

[1]) *Septimo mense natus matri prodest: ratio enim Pythagoraei numeri hoc videtur admittere, ut aut septimo pleno aut decimo mense partus maturior videatur.*

[2]) Vergl. auch Wächter, *de partu vivo non vitali Partt. Lips.* 1863—66.

man würde damit, da Lebensfähigkeit ein sehr unsicherer, relativer Begriff ist, eine sehr bedenkliche, unpraktikable Voraussetzung für die Rechtsfähigkeit aufstellen und die sichere Rechtsanwendung gefährden.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat die Streitfrage nicht ausdrücklich entschieden. Allerdings meinen die Motive, es möge „Manches für die innere Berechtigung jenes Erfordernisses sprechen". Abgesehen von dem Fall der eigentlichen Fehlgeburt (*abortus*) vermögen wir eine innere Berechtigung des Erfordernisses der Vitalität nicht zu erkennen. Für die Frage aber, ob eine Geburt — eine solche fordert § 1 der B.G.B. — oder eine Fehlgeburt (*abortus*) vorliegt, ist nicht mehr die römische Präsumtion, sondern ein im einzelnen Falle zu erhebendes sachverständiges Gutachten entscheidend. Dem Mediziner wird dabei die Frage vorzulegen sein, ob die, auf welche Weise immer vom Mutterleibe getrennte zunächst lebende Leibesfrucht bereits im Besitz aller zur Lebensfähigkeit absolut erforderlichen Organe war oder ob sie den hierzu nöthigen embryonalen Entwicklungsprocess noch nicht abgeschlossen hatte. Im grossen und ganzen soll dies allerdings erst nach Ablauf des sechsten Monats der Fall sein.

Rechtsfähigkeit wird nur dem Menschen zuerkannt; sofern also es möglich sein sollte, was die moderne Naturwissenschaft zwar entschieden bestreitet, dass nicht nothwendig ein menschliches Wesen durch die Geburt hervorgebracht würde, sondern ein *monstrum*, ein auf keinen Fall zur Species *homo sapiens* zu rechnendes Geschöpf, — etwa in Folge verbrecherischer Bestalität, — würden wir auch nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch diesem Product die Rechtsfähigkeit absprechen. Im übrigen war eine blosse Missgeburt, ein abnorm gebildetes, aber immerhin noch menschliches Wesen auch nach der römischen Auffassung rechtsfähig (Pauli, *sent. rec.* IV 9 § 4) und ist es zweifellos nach dem B.G.B. Die Motive verstehen augenscheinlich unter *monstrum* eine blosse Missgeburt in letzterem Sinne, wenn sie I S. 29 schreiben: „Das B.G.B. übergeht das Monstrum in dem Sinne, das dasselbe bei Vorhandensein der sonstigen Erfordernisse von der Rechtsfähigkeit nicht ausgeschlossen ist." Andernfalls würde ihre

Meinung dem Wortlaut des § 1 gegenüber unmassgeblich sein. Ein wirkliches Monstrum ist eben kein Mensch.

2. Die Rechtsfähigkeit ist selbst ein Recht und zwar das angeborene Urrecht der Person, zugleich die Voraussetzung aller anderen Rechte. Mit Hinweis auf letzteres hat man ihr den Charakter eines subjectiven Rechts vielfach absprechen wollen. Allein das eine widerstreitet nicht dem anderen, ein Recht kann als solches sehr wohl die Voraussetzung anderer Rechte sein, z. B. die Forderung ist (nach römischem Recht) Voraussetzung des Pfandrechts. Eben aus der möglichen Negation des Rechts der Persönlichkeit durch die Sklaverei ergibt sich, dass es ein Recht ist. Allerdings hat eine Analyse des Rechts der Persönlichkeit mehr Interesse für die Rechtsphilosophie, als für das Privatrecht. Immerhin kannte das römische Recht einige Civilklagen, die speziell seinem Schutze dienten. Zunächst die Präjudizialklage auf Anerkennung dieses Rechts selber, die *actio praejudicialis de statu*. Die praktische Bedeutung derselben ist bei uns gering, wenn auch die Möglichkeit immer noch gegeben sein mag, dass ein ausländischer Sklave auf deutschem Boden seinem vermeintlichen Eigenthümer gegenüber eine analoge Feststellungsklage anstellte. Sodann diente vorzüglich zum Schutze des Rechts der Persönlichkeit die *actio injuriarum*.

Injuria im Sinne des Pandektenrechts ist keineswegs lediglich die Beleidigung im modernen strafrechtlichen Sinne; im weiteren Sinne ist *injuria* jede Verletzung der gesammten Rechtsstellung der Person, und der Schutz der *actio injuriarum* dehnt sich über das gesammte Rechtsgebiet des Privatrechts aus; diese Klage ist, wie v. Ihering nachgewiesen hat, gegen jede frivole d. h. bewusste Rechtsverletzung, in der sich eine Missachtung des Rechts der Persönlichkeit ausspricht, gegeben und hat einen subsidiären Charakter. So dient sie vor allem zum Schutze des Gemeingebrauchs, *usus publicus l.* 13 § 7 *D.* 47, 10 [1]) aber auch zur Ergänzung des Eigenthumsschutzes, des

[1]) *Si quis me prohibeat in mari piscari vel everriculum ducere, an injuriarum judicio possim eum convenire. Sunt qui putent injuriarum me posse agere et ita Pomponius et plerique esse huic similem eum, qui*

Besitzesschutzes, *l.* 25 *D. de act. empti* 19, 1 *l.* 24 *D. de injur.* 47. 10 *l.* 5 § 4 *D. h.* 1. 47. 10, zur Ergänzung der *actio legis Aquiliae l.* 27 § 28 *ad leg Aqu.* 9, 2.

Das Bürgerliche Gesetzbuch lässt eine derartige allgemeine Klage zum Schutz des Rechts der Persönlichkeit als solcher leider vermissen, dieser Rechtschutz ist heuzutage zum grösseren Theil dem Strafrecht und der Polizeiverwaltung überwiesen; es gehören aber hierher die §§ 12, 1004, 1065, 1227.

3. Von der Rechtsfähigkeit ist wohl zu unterscheiden die Handlungsfähigkeit d. h. die civilrechtliche Zurechnungsfähigkeit, nicht bloss die Fähigkeit, durch positive Willensthätigkeit rechtliche Wirkungen hervorzurufen, sondern auch negativ durch Unterlassungen verantwortlich zu werden.

Man unterscheidet bei ihr neuerdings Geschäftsfähigkeit und Delictsfähigkeit, und versteht unter ersterer ausschliesslich die Fähigkeit zum Abschluss von Rechtsgeschäften.

Das moderne Recht kennt keine generelle Stufen innerhalb der privatrechtlichen Rechtsfähigkeit, wie beispielsweise das antik-römische mit seiner Eintheilung der Freien in a) *ingenui*, b) *libertini*, α) *cives Romani*, β) *Latini Iuniani*, γ) *dediticii* und der Unterscheidung des *status libertatis*, *civitatis*, *familiae*. Letztere Unterscheidung beruhte auf der Uridee, dass Jemand ein Recht hatte nur im Kreise seiner Genossen; Trennung von dieser Genossenschaft war Verlust der Rechtsfähigkeit. Da man die Rechtsfähigkeit auch als *caput* bezeichnete, gab es demgemäss eine *capitis deminutio maxima*, *media* und *minima*.

Wohl aber kennt das Pandektenrecht und auch das Bürgerliche Gesetzbuch noch gewisse Beschränkungen der Privatrechtsfähigkeit. Zunächst ist hierfür das Geschlecht erheblich. Allerdings sind nach *l.* 1 *D. de V. S.* 50, 16[1]) im Zweifel die Rechtssätze für beide Geschlechter bestimmt.

in publicum lavare vel in cavea publica sedere vel in quo alio loco agere sedere conversari non patiatur, aut si quis re mea uti me non permittat etc.

[1]) *Verbum hoc, si quis, tam masculos quam feminas complectitur.*

Nach Pandektenrecht sind aber Frauen unfähig zur Bürgschaft im weitesten Sinne (Intercession, S.C. Vellejanum) zur *patria potestas*, zur Vormundschaft (mit einer Ausnahme: Mütter und Grossmütter über ihre Kinder und Enkel) und zum Solennitätszeugniss. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat davon beseitigt die Beschränkung in Ansehung der Intercession, aber abgesehen von seinen tief eingreifenden indirecten Beschränkungen der Frau durch das Ehe- und Familienrecht noch aufrecht erhalten Beschränkungen in Ansehung der elterlichen Gewalt (§§ 1684 ff.), der Vormundschaft (§ 1783) und der Fähigkeit, Solennitätszeuge bei der Eheschliessung (§ 1318) und beim Testament (§ 2237) zu sein.

Das religiöse Bekenntniss begründet keinen Unterschied mehr in der Rechtsfähigkeit, ebenso wenig die Ausländerqualität.

Eine wichtige Privatrechtsbeschränkung, die sich aus dem Berufsstande ergiebt, verdient aber hier hervorgehoben zu werden, obwohl sie weder dem Pandektenrecht noch dem Bürgerlichen Gesetzbuch, sondern dem Reichscivilrecht angehört.

Es ist dies die durch § 95 des Unfallversicherungsgesetzes eingeführte Beschränkung aller der nach Massgabe dieses Gesetzes versicherten Personen und deren Hinterbliebenen hinsichtlich der aus dem gemeinen Rechte sich ergebenden Schadensersatzansprüche. Sie können solche gegen Betriebsunternehmer, deren Bevollmächtigte und Repräsentanten, Betriebs- oder Arbeiteraufseher nur geltend machen, sofern durch strafgerichtliches Urtheil festgestellt ist, dass sie den Unfall vorsätzlich herbeigeführt haben. Das Einf.Ges. zum B.G.B. hat diese exorbitante, sich weder aus Gründen der Zweckmässigkeit noch des öffentlichen Wohles rechtfertigende Singularität ausdrücklich aufrecht erhalten. Wenn z. B. ein Eisenbahnunfall geschieht, so können die Hinterbliebenen der Reisenden, die dabei getödtet sind, aus dem Haftpflichtgesetz auf vollen Schadensersatz klagen, die Hinterbliebenen der Schaffner und sonstigen versicherungspflichtigen Beamten können aber selbst gegen den etwaigen fahrlässigen Verursacher des Unfalls keinen Anspruch erheben, vielmehr höchstens $^2/_3$

des wirklich erlittenen Schadens von der Berufsgenossenschaft im Verwaltungswege erstreiten. Man bezeichnet als Motiv dieser Singularität eine „sozialrechtliche Compensation". *Durabit, quantum Deo placebit*, würde Azo sagen.

4. Rechtsfähigkeit und Handlungsfähigkeit sind nicht bloss *privati*, sondern *publici juris* d. h. man kann sich ihrer durch Privatübereinkunft weder ganz noch theilweise begeben.[1]) Wichtig ist dies, wie bereits in § 5 hervorgehoben, auch besonders für das internationale Privatrecht.

§ 3.

Das Ende der Persönlichkeit. Lebensvermuthung und Todeserklärung. Vermuthung früheren Todes. Beurkundung des Personenstandes.

I. Wie die Geburt den natürlichen Anfang, so bildet der Tod das natürliche Ende der rechtlichen Persönlichkeit; das Recht kennt nicht, wie die Religion oder Philosophie, eine Unsterblichkeit des Individuums.[2]) Das alte römische Recht kannte aber eine künstliche Aufhebung der rechtlichen Persönlichkeit durch die *capitis deminutio maxima*, wie auch das deutsche Recht die „Friedlosigkeit" als vollkommene Zerstörung der Rechtspersönlichkeit (Gierke, Privatrecht 364) und das französische Recht bis 1854 einen sogenannten bürgerlichen d. h. fingirten Tod kannte. Dem gemeinen Recht ist diese künstliche Aufhebung der Rechtsfähigkeit, wie jegliche *deminutio capitis* fremd. Auch kennt das gemeine Recht weder eine Vermuthung des Lebens noch des Todes einer Person; Leben und Tod eines Menschen hat zu beweisen, wer Rechte darauf stützt. Dagegen stellten zunächst die Glossatoren eine sogenannte Lebenspräsumtion auf, indem sie die vermuthlich erreichte

[1]) R.G. IV S. 162.

[2]) Allerdings hat man eine solche im Erbrecht construiren wollen, indem man (Unger, System I S. 218 Puchta, Pand. § 446. Neuner, Rechtsverh. S. 93) dieses als die Fortsetzung der vermögensrechtlichen Persönlichkeit durch den Erben construirte. Geistreich verspottet diese Auffassung v. Jhering, Scherz u. Ernst S. 30. ff. Wir werden beim Erbrecht darauf zurückkommen.

Altersgrenze auf 100 Jahre ansetzten; die spätere Praxis (seit dem 17. Jahrhundert) verkürzte diese Zeit unter Berufung auf den 90. Psalm auf 70 Jahre.

II. Aber auch diese Lebenspräsumtion wurde nach richtiger Ansicht aufgegeben [1]) oder vielmehr nur negativ dahin beschränkt, dass ein Verschollener nach dem 70. Lebensjahre als nicht mehr lebend vermuthet wurde, nicht aber positiv vermuthet wurde, dass er bis dahin gelebt habe.

Um übrigens den Beweis der Thatsache des Todes unter schwierigen Verhältnissen zu erleichtern, bildete sich gewohnheitsrechtlich das Institut der gerichtlichen Todeserklärung aus. [2]) Die erste Voraussetzung der Todeserklärung ist Verschollenheit d. h. eine qualificirte Abwesenheit, eine Abwesenheit, bei der seit längerer Zeit jede Nachricht von oder über den Verschollenen ausgeblieben ist, so dass man nicht mehr weiss, ob er noch lebt und wo er lebt. Hinsichtlich der Dauer der Verschollenheit bestanden zwei Systeme, das sächsische und schlesische: nach ersterem konnte man den Antrag auf gerichtlichn Todeserklärung erst stellen, wenn der Verschollene das siebzigste Lebensjahr vollendet haben würde, nach letzterem, wenn seit der letzten Nachricht 30 Jahre verflossen waren; spätere Partikularrechte, z. B. das preussische Allgemeine Landrecht verkürzte diese Zeit auf 10 Jahre. Die zweite Voraussetzung war eine auf Antrag vom zuständigen Gerichte, d. h. vom Gerichte des letzten inländischen Wohnortes erlassene Edictalladung, eine öffentliche Aufforderung an den Verschollenen sowie an Dritte, die etwa von dessen Leben Kunde haben, dem Gerichte Nachricht zu geben. Als zum Antrag berechtigt galten Blutsverwandte, der Ehegatte, der Vertrags-, Testaments- oder Intestaterbe, der Abwesenheitscurator des Verschollenen, endlich der Fiscus.

Nach fruchtlosem Ablauf der Edictalfrist erging ein gerichtliches Urtheil, in dem der Verschollene für todt erklärt wurde. Streitig war im gemeinen Recht beim säch-

[1]) R.G. XXV S. 143.

[2]) Literatur: Bruns, Verschollenheit, in Bekkers Jahrbuch Bd. 1 u. 5., kleine Schriften Bd. 1 u. 3, Riesenfeld, Verschollenheit 1801. Strohal in Jherings Jahrb. Bd. XXX S. 144. ff.

sischen System, ob nach Erlass dieses Urtheils der Verschollene als todt gelte *ex tunc* d. h. vom Augenblicke der Vollendung des 70. Lebensjahres oder *ex nunc* d. h. vom Augenblicke der Rechtskraft des Urtheils, mit andern Worten, ob die Todeserklärung declaratorisch oder constitutiv wirke.

Nach dem schlesischen System, insbesondere dem preussischen Allgemeinen Landrecht hatte sie zweifelsohne constitutive Bedeutung und galt der Zeitpunkt der Rechtskraft des Urtheils als der des Todes.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat nun die materiellen Voraussetzungen der Todeserklärung in den §§ 13—19 in folgender Weise neu geregelt. Es unterscheidet 4 Arten von Verschollenheit:

1. die allgemeine Altersverschollenheit, die es nach dem Vorgange des preussischen Allgemeinen Landrechts annimmt, wenn seit 10 Jahren keine Nachrichten von dem Leben des Verschollenen eingegangen sind; die Todeserklärung darf aber nicht vor Schluss desjenigen Jahres erfolgen, in dem der Verschollene das 31. Lebensjahr vollendet haben würde; bei einem Verschollenen, der das 70. Lebensjahr vollendet haben würde, kann Todeserklärung schon erfolgen, wenn seit 5 Jahren keine Nachricht von ihm eingegangen ist.[1])

Der Zeitraum von 5 oder 10 Jahren beginnt jedoch erst mit dem Schlusse des Jahres (31. Dezember) an zu laufen, in dem die letzte Nachricht eingetroffen ist.

2. Kriegsverschollenheit: Die Theilnahme an einem Kriege berechtigt gegen den während desselben Vermissten mit höchster Wahrscheinlichkeit die Annahme seines Todes. Daher kann nach § 15 jeder, der als Angehöriger einer bewaffneten Macht an einem Kriege theilgenommen hat und während des Krieges vermisst worden und seitdem verschollen ist, schon nach Ablauf von 3 Jahren seit dem Friedensschlusse für todt erklärt werden, und zwar ist es einerlei, ob er als Combattant oder als Nichtcombattant, auch als Arzt, Krankenpfleger, als freiwilliger Krankenpfleger, als Telegraphist, Postbeamter, Marke-

[1]) Hier also noch eine Nachwirkung des Psalmworts bzw. des gemeinen Rechts.

tender oder in irgend welchem Amts-, Dienst oder Hülfeleistungsverhältnisse der bewaffneten Macht folgte. Da nicht alle Kriege, z. B. solche mit uncivilisirten Völkerschaften, durch einen formellen Friedensschluss beendigt werden, so beginnt der dreijährige Zeitraum nach einem solchen Kriege mit der thatsächlichen Einstellung der Operation.

3. Seeverschollenheit: Die höchste Wahrscheinlichkeit des Todes ist natürlich gegeben, wenn jemand sich auf einem nachweisbar während einer Seefahrt untergegangenen Schiffe befunden hat und seit diesem Schiffsuntergange verschollen ist. Er soll daher nach § 16 schon nach einem Jahre seit dem Untergange des Schiffes für todt erklärt werden. Häufig aber versinkt ein Schiff im Meere spurlos mit Mann und Maus, ohne dass ein Augenzeuge diese Thatsache zu bekunden vermag. So verschwand Ende der 80.er Jahre mit seinem Schiffe spurlos der sich Johann Orth nennende ehemalige Erzherzog Johann v. Oestreich. Für solche Fälle ergänzt § 16 die Seeverschollenheit durch eine gesetzliche Vermuthung des Schiffsuntergangs und setzt für die Schiffsverschollenheit, jenachdem die Fahrt des Schiffes ein näheres oder entfernteres Ziel hatte, verschiedene Grenzen; der Schiffsuntergang wird vermuthet, wenn

bei Fahrten innerhalb der Ostsee ein Jahr, bei Fahrten innerhalb anderer europäischer Meere, mit Einfluss des Mittelländischen, Schwarzen und Azowschen Meeres zwei Jahre,

bei Fahrten, die über europäische Meere führen, drei Jahre seit dem Antritt der Reise verstrichen sind.

Falls spätere Nachrichten seit dem Antritte der Reise vorliegen, sei es aus irgend einem Hafen, einer Rhede oder von einer Schiffsbegegnung auf hoher See, beginnen diese Fristen erst mit dem Ablaufe des Tages, auf welchen die Kunde sich erstreckt.

4. Unfallverschollenheit: Bei vielen lebensgefährlichen Ereignissen, besonders Massenunfällen, Bränden, Ueberschwemmungen, Bergwerkskatastrophen, aber auch bei Einzelunternehmungen, wie Bergbesteigungen, ist oft die hohe Wahrscheinlichkeit begründet, dass ein dabei Anwesender oder

Betheiligter und seitdem Vermisster umgekommen ist, ohne dass die Leiche aufgefunden oder auch mit Sicherheit identificirt werden kann. Daher ist auch in dem Falle, dass jemand in einer durch solche Ereignisse oder Unternehmungen begründeten Lebensgefahr nachweislich vor der letzten über ihn vorhandenen Nachricht sich befunden hat, eine kürzere Verschollenheitsfrist gegen ihn gesetzt; er kann nach Ablauf von drei Jahren seit dem lebensgefährlichen Ereignisse oder der lebensgefährlichen Unternehmung für todt erklärt werden.

Die Wirkung des Urtheils, durch das der Verschollene für todt erklärt wird, ist nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch nicht constitutiv, sondern declarativ, d. h. das Urtheil soll ausdrücklich den Zeitpunkt feststellen, in dem der Verschollene vermuthlich gestorben ist. Das Gesetz will dadurch mit Hinsicht auf die Wahrscheinlichkeitsberechnung die thunlichste Uebereinstimmung des festgestellten mit dem wirklichen Todestage ermöglichen, wie sie nach den zwecks dieser Feststellung zu machenden Ermittelungen sich ergiebt. Sofern dagegen diese Ermittelungen für eine wahrscheinlichere Feststellung keinen Anhalt bieten, soll der Richter bei der Altersverschollenheit den Zeitpunkt, in dem die Todeserklärung zulässig geworden ist,[1]) bei der Kriegsverschollenheit den Zeitpunkt des Friedensschlusses oder den Schluss des Jahres, in welchem der Krieg beendigt worden ist (falls nämlich kein formeller Friedensschluss stattgefunden hat), bei der Seeverschollenheit den Zeitpunkt des Untergangs des Fahrzeugs (eventuell den, von welchem an dieser Untergang vermuthet wird), bei der Unfallverschollenheit den Zeitpunkt, in dem das Ereigniss (oder die gefahrvolle Unternehmung) stattgefunden hat, als Zeitpunkt des Todes feststellen.

Wenn das Urtheil, — und dies wird meistens der Fall sein —, die Todeszeit nur dem Tage nach feststellt, so gilt als Moment des Todes das Ende des Tages, also die Mitternachtstunde.

[1]) Also beispielsweise bei einem, der im 15. Lebensjahr verschollen ist, den Schluss (31. December) des Jahres, in dem er das 31. Lebensjahr vollendet haben wird.

Im Gegensatze zum gemeinen Recht, das, wie wir sahen nur eine negative Lebensvermuthung kennt, verbindet nun das Bürgerliche Gesetzbuch mit dieser Todesvermuthung eine positive Lebensvermuthung: das Fortleben des Verschollenen soll bis zu dem Zeitpunkte angenommen werden, der nach dem Ergebniss der concreten Ermittelungen oder, wo diese ergebnisslos sind, bis zu dem Zeitpunkte, der nach den eben mitgetheilten besonderen Vermuthungen des § 18 als Zeitpunkt des Todes anzunehmen ist. Diese Lebensvermuthung ist eine selbständige; sie gilt, solange die Todeserklärung noch nicht erfolgt ist, auch wenn sie noch gar nicht zulässig war.

Die Wirkung der Todeserklärung liegt zunächst lediglich auf dem Gebiete des gesetzlichen Beweisrechts, einem Grenzgebiete zwischen dem materiellen Privatrecht und dem Prozessrecht. Es wird eine Rechtsvermuthung, *praesumptio juris*, begründet,[1]) und zwar eine solche, die durch Gegenbeweis widerleglich ist, keine sog. *praesumtio juris et de jure*, die unwiderleglich ist, keine Fiction. Sobald also bewiesen wird, dass der Verschollene zu einer anderen Zeit gestorben ist, oder dass er noch lebt, tritt wieder die der wirklichen Sachlage entsprechende Beurtheilung ein, wie wenn eine Todeserklärung nicht erfolgt wäre. Nach gemeinem Rechte kann der für todt Erklärte mit einer Universalklage nach Analogie der *hereditatis petitio* von denjenigen, die sein Vermögen als Erben in Besitz genommen haben, Alles zurückfordern, was noch vorhanden ist. Dagegen hat er keinen Anspruch auf Schadensersatz, sofern nicht gegen den Antragsteller die *actio doli* oder gegen den Richter die Syndicatsklage begründet ist. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat ihm in § 2031 denselben Anspruch gewährt, er „kann Herausgabe seines Vermögens nach den für den Erbschaftsanspruch geltenden Vorschriften verlangen“. Der Anfang der Verjährung dieses Anspruchs, — es ist die 30jährige —, wird *utiliter* berechnet, sofern sie nicht vor Ablauf eines Jahres nach dem Zeitpunkte vollendet wird, in welchem er von der

[1]) Vgl. Burkhard, die civilistischen Präsumtionen 1866. *Ferrini, presunzioni in diritto romano*, *rivista italiana per le scienze giuridiche* 14 S. 258 ff.

Todeserklärung Kenntniss erlangt. Auch kann der fälschlich für todt Erklärte verlangen, dass der Besitzer eines auf Grund der Todeserklärung ertheilten Erbscheins diesen an das Nachlassgericht zurückgebe.

Der vermeintliche Erbe oder auch der bloss vermeintliche Erbschafts b e s i t z e r (d. h. der auf Grund eines Erbscheins oder auch ohne solchen in den Besitz seines Vermögens gelangte) hat natürlich eventuell unter Ableistung des Offenbarungseides über den Bestand des Vermögens und den Verbleib aller einzelnen Theile desselben Auskunft zu ertheilen. [1]) An Stelle der gemeinrechtlichen *actio doli* treten im Falle eines delictischen Verhaltens der Antragsteller oder Putativ-Erbschaftsbesitzer die Schadensersatzansprüche des Bürgerlichen Gesetzbuchs wegen unerlaubter Handlungen (§ 823, 830, 840), subsidiär auch gegen den Richter der Anspruch aus § 839.

Weiter gehen die Wirkungen der Todeserklärung auf dem Gebiete des Familienrechts:

Vor allem kommt hier der Einfluss der Todeserklärung auf eine etwaige Ehe des für todt Erklärten in Frage. Nach der reinen Rechtslogik würde die Entscheidung unstreitig dahin ausfallen müssen, dass die Todeserklärung an sich eine bestehende Ehe nicht auflöst, da sie ja lediglich eine widerlegbare Vermuthung, nicht die Fiction des Todes begründet. Andrerseits schafft aber diese gesetzliche Vermuthung dem Ehegatten des Verschollenen die Möglichkeit, eine neue Ehe zu schliessen; denn die gerichtliche Todeserklärung hat durchaus denselben documentarischen Werth, wie eine Sterbeurkunde. Wie nun, wenn der für todt Erklärte, nachdem sein Ehegatte eine neue Ehe eingegangen ist, wieder auftaucht? Offenbar müsste in diesem Falle nach der Rechtsconsequenz die neue Ehe, da ihr ein *impedimentum dirimens publicum* im Wege stand, für nichtig erklärt werden. Dies ist auch der Standpunkt des gemeinen sowohl katholischen wie protestantischen Eherechts, wobei letzteres vom ersteren nur insoweit abweicht, als wenigstens nach vorherrschender Ansicht

[1]) §§ 2370. 2362.

die nichtige neue Ehe convalescirt, wenn der für todt erklärte Ehegatte stirbt, bevor die Nichtigkeit der neuen Ehe geltend gemacht ist. Dennoch haben die meisten neueren Particularrechte [1]) aus praktischen Erwägungen es vorgezogen, die neue Ehe aufrecht zu erhalten und die alte mit dem Abschluss der neuen für aufgelöst zu erklären. Und diese Lösung des Conflictes hat auch das Bürgerliche Gesetzbuch in § 1348 sich angeeignet. „In den Fällen der Todeserklärung,“ heisst es in den Motiven IV S. 642, „liegen die Verhältnisse regelmässig so, dass entweder die Voraussetzungen der Scheidung wegen böslicher Verlassung begründet, aber nicht erweislich sind, oder doch den für todt erklärten Ehegatten, namentlich im Hinblicke auf die Leichtigkeit des heutigen Verkehrs selbst von entfernten Welttheilen aus, um deswillen ein grobes Verschulden trifft, weil er keine Nachricht von sich gegeben hat. Ausnahmen sind allerdings möglich; allein das Gesetz hat die Verhältnisse nicht mit Rücksicht auf die seltenen Fälle, sondern nach der Regel des Lebens zu gestalten. Aber selbst in solchen Ausnahmefällen ist es *misslicher, eine Ehe, welche seit Jahren vielleicht bestanden hat und die Grundlage neuen gedeihlichen Fortkommens und ehelichen Glücks geworden ist, zu trennen, als eine Ehe, welche seit langen Jahren faktisch ohnehin* nicht mehr bestanden hat, als aufgehoben zu behandeln, zumal die Annahme gerechtfertigt ist, dass der Ehegatte des für todt erklärten Ehegatten, welcher trotz Ungewissheit des Todes des letzteren sich zur Eingehung einer neuen Ehe entschliesst, demselben geistig nicht mehr so nahe verbunden ist, um bei dessen Rückkehr in sittliche Conflicte zu gerathen, wenn die neue Ehe als gültig behandelt wird.“ Diese Anschauung der Motive erhielt auch in der Reichstagscommission die Billigung der Majorität, und zwar wurde hier zu ihren Gunsten noch geltend gemacht, dass die neue Ehe auf Grund einer staatlichen Ermächtigung geschlossen sei, es also

[1]) Pr. A.L.R. II 1 § 666. Hannov. Ges. v. 23. Mai 1848 § 16. Bayr. Ges. v. 23. Februar 1879. Art. 118. 121, Brem. Verordnung v. 30. December 1829. §§ 21. 20. Lübeck. Verordnung v. 30. December 1829. Hamburg. Verordnung v. 14. Juli 1879.

correct erscheine, dass sie in Geltung bleiben solle; es liege daher in der That ein Bedürfniss vor, hier eine von den allgemeinen Grundsätzen abweichende Regelung zu treffen; das Bedürfniss trete besonders in solchen Gegenden hervor, wo die Seeverschollenheit häufig sei, in solchen Gegenden werde eine Regelung, wie der Entwurf sie treffe, allgemein als wohlthätig empfunden und sogar als unentbehrlich erklärt werden.[1]) Doch hat das Bürgerliche Gesetzbuch[2]) für den Fall, dass beide Ehegatten wissen, dass der Verschollene die Todeserklärung überlebt hat (§ 1348 Abs. 1 S. 2) wieder eine Ausnahme gemacht, in diesem Falle ist die neue Ehe nichtig. Diese Ausnahme dürfte nicht ohne kritische Bedenken sein, zunächst sofern sie auf die Kunde vom Fortleben des Verschollenen zur Zeit der Todeserklärung gestellt ist. Wie, wenn der Verschollene zu dieser Zeit zwar noch lebte, aber zur Zeit des Abschlusses der neuen Ehe wirklich gestorben war? Nach der positiven Bestimmung des § 1348 ist auch dann die neue Ehe nichtig, obwohl dann doch keine gegen das Verbot der Bigamie (§ 171 St.G.B.) verstossende verbrecherische Eheschliessung, sondern höchstens (im Fall der noch bestehenden irrthümlichen Annahme des Fortlebens) ein Putativdelict vorliegt. Wir können nicht umhin, hier eine unnöthige Uebertreibung des formalen Gesichtspunkts und eine Ueberschätzung des subjectiven Moments zu constatiren, die der Entwurf I § 1464 (Motive I S. 463) aus gutem Grunde ausdrücklich abgelehnt hatte. Jedenfalls dachte der Entwurf I juristischer, wenn er die Nichtigkeit der neuen Ehe lediglich durch die *mala fides* des Ehegatten des für todt Erklärten bedingt sein liess, nach § 1464 Entw. I kam es nur darauf an, ob dieser zur Zeit der Schliessung der neuen Ehe von dem Fortleben des Verschollenen Kenntniss hatte. Durch die jetzige Bestimmung des § 1348 ist überdies eine unnöthige Incongruenz zwischen der strafrechtlichen und civilrechtlichen Behandlung des Falles entstanden.

Da übrigens bei dem Gegensatz der jetzigen bürger-

[1]) Bericht der Reichstags-Commission S. 108.

[2]) Entsprechend dem § 16. des Hannover. Ges. v. 28. Mai 1848.

lichen Regelung des Falles zu den Grundsätzen des katholischen und protestantischen Kirchenrechts sich bei Rückkehr des für todt erklärten Ehegatten schwere religiöse und sittliche Conflicte ergeben können,[1]) so hat (im Gegensatz zum Entw. I) das Bürgerliche Gesetzbuch in § 1350 jedem Ehegatten der neuen Ehe das Recht gegeben, unter Berufung auf das Fortleben des Verschollenen binnen 6 Monaten von dem Zeitpunkt an, in welchem er die Kunde davon erlangt, die neue Ehe anzufechten. Ausgeschlossen wird dies Anfechtungsrecht durch Kenntniss des Fortlebens (hier nicht, wie in § 1348 zur Zeit der Todeserklärung, sondern[2]) zur Zeit der Eheschliessung, ferner, wenn der anfechtungsberechtigte Ehegatte, nachdem er die Kenntniss von dem Leben des für todt Erklärten erlangt hat, auf das Anfechtungsrecht verzichtet oder, wie das Gesetz sich ausdrückt, die neue Ehe bestätigt. Offenbar bedarf diese Bestätigung (§§ 144, 1325) nicht der für die Eheschliessung selbst bestimmten Form, kann vielmehr sogar eine stillschweigende sein.

Die frühere Ehe soll nach Ansicht der Denkschrift, S. 265, im Fall der erfolgreichen Durchführung dieser Anfechtungsklage „wiederaufleben". Man kann, da das Gesetz darüber schweigt und das „Wiederaufleben" eines Rechtsverhältnisses ein juristisch schwer zu construirender Begriff ist, zunächst zweifeln, ob diese, wenngleich in gewissem Sinne autoritative Behauptung richtig ist, da ja doch die alte Ehe durch die Schliessung der neuen, zunächst gültigen Ehe, aufgelöst war. Dennoch ergibt sich wohl die Richtigkeit jener Behauptung aus der rückwirkenden Kraft der Anfechtung des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Denn nach § 142 B.G.B ist ein mit Erfolg angefochtenes Rechtsgeschäft als von Anfang an nichtig anzusehen.[3]) Im übrigen erhält nach der An-

[1]) In feiner psychologischen Ausführung findet man diese Conflicte in dem Epos des englischen Dichters Tennyson, Enoch Arden behandelt, dem ein wirklicher Fall zu Grunde gelegen haben soll.

[2]) Eine Inconsequenz, die unsern Vorwurf gegen die Fassung des § 1348 bestätigt.

[3]) Man kann das „Wiederaufleben" der Ehe mit dem für todt Erklärten als Beispiel der passiven Wirkung eines relativen Rechtes auffassen, siehe S. 73 oben (§ 1).

fechtung der neuen Ehe der andere Ehegatte, der nunmehr wieder ehelos wird, falls er nicht bei Schliessung der Ehe *sciens dolo malo* war, dieselben Ansprüche, wie bei der Scheidung der Ehe der unschuldige Theil gegen den schuldigen (Recht auf Unterhalt §§ 1578—1582).

Anders ist die Wirkung einer Anfechtungsklage, welche nicht gegen die neue Ehe, sondern gegen die Todeserklärung selbst gerichtet ist. Es soll nämlich durch einen Ergänzungsparagraphen zur Civilprozessordnung (Anl. II der Denkschrift § 836 *o*, *p*) jedem, der an der Aufhebung der Todeserklärung oder an der Berichtigung des Zeitpunktes des Todes ein rechtliches Interesse hat, eine Anfechtungsklage gegeben werden, wenn die Todeserklärung mit Unrecht erfolgt oder der Zeitpunkt des Todes des Verschollenen unrichtig festgestellt ist, — anzustellen innerhalb Monatsfrist vom Erlass des sog. Ausschluss-Urtheils (der gerichtlichen Todeserklärung) gegen denjenigen, der die Todeserklärung erwirkt hat, eventuell, falls dieser selbst die Klage erhebt oder verstorben ist oder sein Aufenthalt unbekannt ist, gegen den Staatsanwalt. Das einer solchen Anfechtungsklage stattgebende Urtheil wirkt zwar im Allgemeinen, wie die Todeserklärung selbst, *in rem* d. h. für und gegen Alle; nur soll diese Wirkung *in rem* scheitern an der neuen Ehe, die frühere Ehe vielmehr bleibt nach ausdrücklicher Bestimmung (§ 1348 Abs. 2 S. 2) auch dann aufgelöst, wenn die Todeserklärung in Folge der Anfechtungsklage aufgehoben wird. [1])

Dagegen soll die Anfechtungsklage ein *impedimentum prohibens*, ein aufschiebendes Ehehinderniss bilden, solange sie anhängig ist. Da neben der neu durch § 836 *o*, *p*. einzuführenden besonderen Anfechtungsklage auch noch die allgemeine Anfechtungsklage, die gegen jedes Ausschlussurtheil nach § 834 der C.P.O. gegeben wird, zulässig ist, die Nothfrist dieser aber nach § 835 C.P.O. erst mit dem Tage beginnt, an

[1]) Auch hierin finde ich Inconsequenz oder eine Bestätigung meines Vorwurfs gegen die in Abs. 1 dieses § gegebene Fixirung der Kenntniss des Fortlebens zur Zeit der Todeserklärung und ihrer Wirkung. Nicht die Todeserklärung, sondern die Schliessung der neuen Ehe ist offenbar der erheblichste Akt.

welchem der Kläger Kenntniss von dem Ausschlussurtheil erhalten hat, so fällt dieses aufschiebende Ehehinderniss nach § 835 C.P.O., wonach die Anfechtungsklage mit 10 Jahren von dem Tage der Verkündung des Ausschlussurtheils an gerechnet überhaupt verjährt, nach Ablauf dieser 10 Jahre weg. Es scheint mir daher ein überflüssiger Zusatz in § 1349 zu sein: „es sei denn, dass die Anfechtung erst 10 Jahre nach Verkündung des Urtheils erfolgt ist“, nach § 835 C.P.O. ist ja dann eine Anfechtung gar nicht mehr zulässig.

Weitere familienrechtliche Wirkungen der Todeserklärung sind folgende: 1. Die Verwaltung und Nutzniessung des Ehemanns endigt mit dem Zeitpunkte, der als Zeitpunkt des Todes gilt (§ 1420). Wenn aber der für todt erklärte Mann noch lebt, so kann er auf Wiederherstellung seiner Rechte klagen (§ 1425, 1 S. 2). Dasselbe gilt bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft (§ 1494) bei der Errungenschaftgemeinschaft (§§ 1544, 1547). 2. Die elterliche Gewalt des Vaters endigt mit demselben Zeitpunkte (§ 1679) und geht auf die Mutter über (§ 1684). 3. Ebenso endigen begreiflicher Weise Beistandsamt, Vormundschaft, Familienrechtsamt, Gegenvormundschaft und Pflegschaft (§§ 1694, 1878, 1884, 1885, 1895, 1897, 1915, 1221) mit dem Zeitpunkte, für den der Mündel bzw. Pflegling für todt erklärt wird. Ein von dem Abwesenheitscurator vorgenommenes Rechtsgeschäft wird übrigens nicht unwirksam, wenn etwa später der Beweis erbracht wird, dass der Verschollene zur Zeit der Vornahme des Geschäftes oder auch vor Abschluss desselben, ja selbst schon vor der Bestellung des Abwesenheitsvormundes, also jedenfalls vor dem im Ausschlussurtheil festgestellten Zeitpunkte todt gewesen.[1])

III. Das römische Recht, dem, wie gesagt, das Institut der Todeserklärung fremd war, kannte von der allgemeinen Regel, wonach Leben oder Tod eines Menschen zu einer bestimmten Zeit von Jedem zu beweisen war, der daraus Rechte ableiten wollte, eine Ausnahme nur für den Fall, dass Eltern und Kinder in einer gleichzeitig über sie hereingebrochenen Gefahr umgekommen waren. Nach *l.* 9 §§ 1. 4. *l.* 22. 23 *de*

[1]) RG. XII 68. Kuhlenbeck, Rechtsprechung S. 85.

rebus dubiis 34. 5 sollte dann vermuthet werden, dass geschlechtsreife Kinder nach, nicht geschlechtsreife vor den Eltern gestorben seien.[1]) Die gemeinrechliche Theorie und Praxis (z. B. Mühlenbruch, Archiv f. civilist. Praxis IV S. 412) wollte diese Präsumtion verallgemeinern und stets analog zur Anwendung bringen, wenn Mündige mit Unmündigen in einer Gefahr verstarben.

Das Bürgerliche Gesetzbuch stellt dagegen für den Fall, dass Mehrere in einer gemeinsamen Gefahr umkommen, die Vermuthung gleichzeitigen Todes auf (§ 20). Die kurze Spanne Zeit, die bei gemeinsamen Unfällen zwischen dem Tode der mehreren umgekommenen Personen liegt, meinte man unbeachtet lassen zu sollen, zumal der Zweck, zu welchem der Erbanfall, — nur für diesen würde ja die Präsumtion Bedeutung haben —, dem Ueberlebenden vom Rechte zugewendet wird, nämlich der Genuss der damit verbundenen Vortheile in solchen Fällen für den zuletzt Sterbenden selber doch nicht erreicht wird.

IV. Die grosse Bedeutung welche die Geburt, der Tod und die Eheschliessung sowohl für das private wie das öffentliche Recht haben, hat schon frühzeitig in allen geordneten Staaten zu einer öffentlichen Beurkundung dieser Ereignisse geführt. Im Mittelalter war es die Kirche, welche durch die von ihren Geistlichen geführten Kirchenbücher diese rechtspolizeiliche Aufgabe erfüllte. Speciell geregelt wurde dieses Amt der Pfarrer für die katholische Kirche durch *sessio* 24 *Cap.* 1 u. 2 des *concil. Tridentinum.*

Die meisten modernen Staaten haben zugleich mit der Einführung einer bürgerlichen Eheschliessungsform die öffentliche Beurkundung dieser Ereignisse staatlichen Beamten überwiesen. Für das Deutsche Reich ist massgebend das Gesetz vom 6. Februar 1875 über die Beurkundung des Personenstandes und die Eheschliessung.[2]) Das Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch hat nur die §§ 28—40, 42, 43, 51—53 dieses Gesetzes aufgehoben, welche sich auf die Eheschliessung

[1]) Noch verwickeltere Vermuthungen stellt der *Code civil* auf. Art. 720—722.

[2]) Commentar von Hinschius.

beziehen. An deren Stelle treten die (später im Eherecht zu behandelnden) Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Die Bestimmungen dieses Gesetzes über die Beurkundung von Geburts- und Sterbefällen bleiben unberührt. Hier ist darüber nur zu bemerken, dass die Geburten und Sterbefälle durch die Einträge in die dafür zu führenden Standesamtsregister voll bewiesen werden, obwohl der Standesbeamte weder eigene Wissenschaft von ihnen noch einen Beweis durch öffentliche Urkunden bezüglich derselben vorliegen hat. Genau betrachtet ist es also das Urtheil des Standesbeamten über die Wahrheit der ihm angezeigten Thatsache, was einmal durch den Eintrag bewiesen und weiterhin durch das Gesetz so qualificirt wird, dass es späteren Beweis der betreffenden Thatsache überflüssig macht.[1]) Diese volle Beweiskraft ist aber an die Voraussetzung gebunden, dass das betreffende Standesamtsregister im Allgemeinen ordnungsmässig geführt ist (§ 15 des Ges.) und die betreffende Eintragung nach Art und Form den Vorschriften des Gesetzes entspricht (§ 15 *cit.*). Der Gegenbeweis ist nicht ausgeschlossen, vielmehr in § 15 *cit.* ausdrücklich auf Gegenbeweis durch Nachweis der Fälschung, der unrichtigen Eintragung und der Unrichtigkeit der Anzeigen bzw. Feststellungen hingewiesen.

§ 4.

Die Handlungsfähigkeit (Geschäftsfähigkeit) und ihre Beschränkungen. Altersstufen. Volljährigkeitserklärung.

Bereits im vorigen Paragraphen definirten wir die Handlungsfähigkeit im Gegensatz zur Rechtsfähigkeit allgemein als civilrechtliche Zurechnungfähigkeit, der zufolge das Rechtssubject sowohl für seine Handlungen wie für seine Unterlassungen civilrechtlich verantwortlich (haftbar) werden kann. Wir bemerkten, dass man neuerdings mit Recht innerhalb dieses allgemeinen Begriffs Werth legt auf den Unterschied der Fähigkeit, Rechtsgeschäfte abzuschliessen (Geschäftsfähigkeit) und der Zurechnungfähigkeit für Delicte d. h. Verantwortlichkeit für ein die Rechte Anderer verletzendes, auf ein schuldhaftes

[1]) v. Mandri, der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze. S. 138. ff.

Wollen oder Nichtwollen zurückführbares Verhalten (Delictsfähigkeit).

I. Sowohl die Geschäftsfähigkeit wir die Delictsfähigkeit ist bedingt durch ein Mass moralischer Reife und intellectueller Urtheilskraft, welches erst mit einem gewissen Alter erfüllt wird. Selbstverständlich ist dies bei den verschiedenen Individuen sehr verschieden je nach der Beschleunigung ihrer körperlichen und geistigen Entwicklung. Von grosser Bedeutung ist dafür der Eintritt der Pubertät (Geschlechtsreife). Im älteren römischen Recht war nur sie für das Privatrecht bedeutsam. Man unterschied nur *impuberes* und *puberes*, geschlechtsunreife und geschlechtsreife Personen. Die ersteren waren unmündig d. h. nicht handlungsfähig, die letzteren mündig oder handlungsfähig. Ob die Mündigkeit erreicht war oder nicht, wurde individuell durch die Meinung der Familie entschieden, welche den jungen Mann durch Verleihung der *toga virilis* unter ihre mündigen Mitglieder aufnahm; die Mädchen galten wahrscheinlich von jeher allgemein mit dem vollendeten 12. Jahre für geschlechtsreif. Unter den römischen Juristen entstand dann später ein Streit über die Bestimmung dieser Altersgrenze, die Sabinianer wollten an der individuellen Bestimmung festhalten, die Proculejaner dagegen hielten eine absolut generalisirende Behandlungsweise für richtiger und erklärten das Weib mit dem zurückgelegten 12., den Mann mit dem zurückgelegten 14. Lebensjahre für mündig.[1]) Justinian hat sich für die Ansicht der Proculejaner entschieden.[2]) Allein um die Nachtheile der absolut generalisirenden Reifefeststellung den möglichen individuellen Verschiedenheiten gegenüber auszugleichen, sah sich das römische Recht zur Aufstellung weiterer Unterscheidungen veranlasst. — So unterschied es zunächst:

a) innerhalb der *Impuberes*: 1. Die *Infantes* und 2. die *Infantia majores*.

1. Die *Infantia* (d. h. das Alter, in dem die Geistesent-

[1]) Es gab noch eine vermittelnde Meinung, die des *Priscus: verum Priscus eum puberum esse, in quem utrumque concurrit et habitus corporis et numerus annorum;* und diese war schliesslich bis auf Justinian die herrschende.

[2]) *pr. J. quibus modis tutela finitur* 1, 22.

wicklung es in der Regel noch nicht zur ausreichenden Sprechfähigkeit gebracht hat, *fari*) liess man bis zum zurückgelegten siebenten[1]) Lebensjahre dauern. Ein *Infans* konnte durchaus keine juristische Handlung weder für sich noch für andere vornehmen, nicht einmal *tutore auctore* und zwar ebenso wenig zu seinem Vortheile, wie zu seinem Nachtheile; nur hinsichtlich des Besitzerwerbs machte *l.* 32 § 2 *D. h. t.* 41, 2 aus singulärem Grunde eine Ausnahme,[2]) und bei Schenkungen sah dann die *l.* 3 *C. cod.* 7, 32[3]) sogar von der *auctoritas tutoris* ab.

2. *Infantia majores* hiessen die *Impuberes* vom zurückgelegten 7. bis zum zurückgelegten 12. bzw. 14. Lebensjahre. Diese konnten solche Rechtsgeschäfte abschliessen, durch die sie ausschliesslich berechtigt wurden. Ausschliesslich verpflichtende Rechtsgeschäfte aber und Veräusserungen konnten sie nur *auctoritate tutoris*, unter Mitwirkung des Vormunds vornehmen, sofern sie *sui juris* waren d. h. nicht unter väterlicher Gewalt standen. Für Geschäfte aber, die zugleich berechtigen und verpflichten, trat bei Mangel der vormundschaftlichen Mitwirkung das eigenthümliche Rechtsverhältniss des *negotium claudicans* ein: der andere Contrahent musste sich, wenn der Vormund das Geschäft genehmigte, die Convalescenz desselben gefallen lassen, durch welche dann für beide Theile Gültigkeit des Geschäfts eintrat, während er durch seinen Willen diese Convalescenz nicht herbeiführen konnte.[4])

Hinsichtlich der Verantwortlichkeit für Delicte kam es bei den *infantia majores* lediglich auf die individuelle Entwicklung an, und zwar konnte auch diese nicht abstract, sondern

[1]) Ursprünglich kam es auch hier auf individuelle Feststellung an. Warum man dann auf die Zahl 7 verfiel, darüber vergl. Dernburg, Persönl. Rechtstellung. Bodemeyer, die Zahlen des römischen Rechts.

[2]) *l.* 32 § 2 cit.: *Infans possidere recte potest, si tutore auctore coepit. nam judicium infantis suppletur auctoritate tutoris. utilitatis enim causa hoc receptum est, nam alioquin nullus sensus est infantis accipiendi possessionem.*

[3]) *Lex Donatarum rerum* von Kaiser Decius.

[4]) *pr. J. de auct. tut.* 1, 21. *l.* 13 § 29 *D. de A. E. V.* 19. 1. *l.* 34. § 3 *D. de contr. empl.* 18. 1 *l.* 7 § 1 *D. de resc. vend.* 18. 5. Näheres siehe nachher unter II.

immer nur concret in Hinblick auf die in Frage kommende Handlung festgestellt werden;[1]) dies galt auch für delictische Haftung, *dolus* und *culpa*, innerhalb contractlicher Verhältnisse.[2]) Man hat irrigerweise unter Verkennung dieser individuellen Zurechnung auch die *infantia majores* wiederum allgemein in die zwei Unterabtheilungen der *infantiae* und *pubertati proximi* zertheilen wollen unter Halbirung des Zwischenraums zwischen 7 und 14, bzw. 12, so dass $10\frac{1}{2}$ bzw. $9\frac{1}{2}$ die Scheidegrenze bilden würde. Das Gegentheil dieser zu den unbilligsten Consequenzen führenden Ansicht geht deutlich aus unbefangener Würdigung zumal der *l.* 23 *D. de furt.* 47, 2 und *l.* 5 § 2 *D. ad leg. Aqu.* 9, 2 hervor, es kam lediglich darauf an, ob der Einzelne *doli* bzw. *injuriae capax* war.

b) Die *Puberes* wurden im älteren Recht als vollständig handlungsfähig behandelt; nur für einzelne Rechtsakte z. B. Arrogation verlangte man die sog. *plena pubertas*, das Alter von 18 Jahren. Allein im 6. Jahrhundert der Stadt setzte die *lex Plaetoria* auch unter den *Puberes* eine neue Altersgrenze fest, die dann schliesslich an privatrechtlicher Bedeutung bei weitem die erheblichste geworden ist. Jenes Gesetz, eine Folge der grösseren moralischen und intellectuellen Anforderungen, die entwickeltere Culturverhältnisse mit ihren grösseren Versuchungen und complicirteren Geschäftsformen an den Menschen machen,[3]) stellte alle jungen Leute unter 25 Jahren unter den Schutz eines *judicium publicum*; gegen den, der einen jungen Menschen unter 25 Jahren geschäftlich übervortheilt hatte, konnte Jedermann eine den Verurtheilten infamirende Klage erheben (Popularklage). Um sich aber vor der Gefahr dieses *judicium* zu sichern, konnte der andere Contrahent die Bestellung eines Curatos für den *pubes minor* provociren; hatte der *curator* seinen Consens zum Geschäfte ertheilt, so war die *actio* bzw. *eceptio legis Plaetoriae* ausgeschlossen.

Hierin sowie in der *restitutio in integrum*, die der Prätor

[1]) *l.* 22 *pr. D.* 48. 10. *l.* 1. *l.* 9, 24. *l.* 14 *D. de dolo* 4, 3.

[2]) *l.* 1 § 15 *D. dep.* 16, 3. *l.* 46 *de O. et A.* 44 7. *J.*

[3]) v. Jhering, Geist des röm. Rechts III S. 118—120. *l.* 1 *D. pr. de minoribus: fragile et infirmum hujusmodi aetatis consilium, et multis captionibus suppositum, multorum insidiis expositum.*

allen *minores* gegen schädliche Geschäfte zusagte, liegt der Ursprung des Begriffs der Minderjährigkeit einerseits und der Volljährigkeit (*aetas legitima*) andrerseits; neben dem *impubes* stand jetzt der *pubes minor* und neben dem *tutor*, der für ersteren seine *auctoritas* interponirte d. h. den an sich unvollkommenen Willen ergänzte, trat jetzt — eine im Interesse der eigenen Geschäfts- und Creditfähigkeit allmählich allgemein von den mündigen Minderjährigen angenommene Beistandschaft — der *curator*, der den Consens d. h. die Zustimmung zu dem an sich vollkommenen Willen ertheilte. Im Einzelnen herrscht über die Rechtsstellung des mündigen Minderjährigen im klassischen römischen Recht keine volle Uebereinstimmung; sicher ist, dass Diocletian die Minderjährigen, die unter Curatel standen, für veräusserungfähig erklärt hat, zweifelhaft, wie weit sie sich verpflichten konnten.[1]) Ehefähig und testamentsfähig waren alle mündigen Minderjährigen, ob sie nun einen Curator hatten oder nicht.

Durch die *venia aetatis* d. h. durch Concession des Regenten konnte übrigens auch vor dem vollendeten 25. Lebensjahre die Volljährigkeit d. h. die Freiheit von diesen Beschränkungen der Handlungsfähigkeit verliehen werden, was indessen ein Alter von wenigstens 20 Jahren bei männlichen, von 18 bei weiblichen Personen und den Nachweis eines verständigen und sittlichen Lebenswandels voraussetzte;[2]) doch zur Veräusserung unbeweglicher Sachen bedurfte auch ein so für volljährig Erklärter noch eines Decrets der Obrigkeit.

Für das gemeine Recht hat dann die Reichspolizeiordnung von 1548 bezüglich der Geschäftsfähigkeit (nicht Delictsfähigkeit) den Unterschied zwischen mündigen und unmündigen Minderjährigen und Curatoren und Tutoren vollständig verwischt; die Praxis wenigstens fand in diesem Gesetz den Willen, dass die Minderjährigen hinsichtlich der Geschäftsfähig-

[1]) Vgl. v. Jhering, Jahrb. f. Dogmatik XII S. 347 ff. Wächter, Pand. I § 48. Marezoll in Lindes Zeitschrift Bd. 2 S. 374. ff. Vangerow, Pand. I § 291 n. 2., Ubbelohde in Grünhuts Zeitschrift Bd. 4 S. 696 ff. Huschke, Zeitschr. f. Rechtsgeschichte Bd. 13 S. 311, Conta, Verpflichtungsfähigkeit Minderjähriger, Göttingen, Dissertation. 1891.

[2]) *Cod.* II 45 *de his qui veniam aetatis impetraverunt.*

keit genau so zu behandeln seien und unter Vormundschaft stehen sollten, wie die *Impuberes*. Im gewöhnlichen Leben ist seitdem der Ausdruck Mündigkeit und Volljährigkeit identisch geworden, der Jurist aber sollte nach wie vor zwischen unmündigen und mündigen Personen einerseits und minderjährigen und volljährigen mündigen Personen andrerseits unterscheiden.

Unbestritten ist, dass auch im gemeinen Recht der mündige Minderjährige, also das Mädchen mit vollendetem 12. der Knabe mit vollendetem 14. Lebensjahre zu einseitigen letztwilligen Verfügungen fähig waren.

II. Durch das Bürgerliche Gesetzbuch ist nun die im römischen Recht so wichtige Altersgrenze der präsumtiven Geschlechtsreife, das 14. bzw. 12. Lebensjahr, für die privatrechtliche Handlungsfähigkeit völlig bedeutungslos geworden. Es stellt für die Geschäftsfähigkeit nur zwei Altersgrenzen auf, indem es (§ 2) die Volljährigkeit mit dem vollendeten 21. Lebensjahr [1]) erreichen lässt und (§ 104, 1) die *infantia*, das völlig handlungsunfähige Kindesalter, mit dem vollendeten 7. Lebensjahre abschliesst. [2]) Das Kind bis zum vollendeten 7. Lebensjahre ist völlig geschäftsunfähig, seine Willenserklärungen sind (§ 105) nichtig. Auch die Ausnahme des römischen Rechts hinsichtlich der Schenkungen ist beseitigt worden; die Motive sagen: „Die Regel in der letzteren Hinsicht zu durchbrechen, ist kein Bedürfniss; die Annahme der einem Geschäftsunfähigen zugedachten Schenkung kann nicht bloss durch den gesetzlichen Vertreter, sondern auch durch einen Dritten im Wege der Geschäftsführung ohne Auftrag geschehen" (Mot. I S. 130). Ich vermag diese Ansicht der Motive nicht für richtig zu erachten. Nach der Rechtslage auf Grund des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist vielmehr in der That so ziemlich jede nicht vom Vormunde angenommene Schenkung an ein noch nicht siebenjähriges Kind ausgeschlossen. Der Fall, dass ein Dritter als Geschäftsführer des Vormundes da-

[1]) Im Anschluss an das Reichsgesetz v. 17. Februar 1875.

[2]) Nach dem Vorgange des Preuss. Gesetzes vom 12. Juli 1875, betr. Geschäftsfähigkeit Minderjähriger.

bei eintritt und letzterer es nachher genehmigt, wird im Leben selten vorkommen. Der Schenker selbst kann nicht zugleich als Geber und Annehmer (Namens des Vormundes) gelten. Darnach gelangt also das einem solchen Kinde als Geschenk gegebene Geldstück gar nicht in seinen Besitz und in sein Eigenthum und kann ihm ungestraft von Dritten abgenommen werden.

Man sieht also, die *lex Donatarum rerum* des Kaisers Decius (die übrigens auf ein *responsum consultissimi viri Papiniani* zurückzuführen ist), war keineswegs so unpraktisch, wenn auch viele bloss formal logisch denkende Juristen sie nicht verstanden haben und Azo sie auf Kastanien beschränken wollte. (Vgl. Savigny, Recht des Besitzes § 21. Puchta, kl. civilist. Schriften S. 306.) Ungeachtet noch rechtzeitig Hölder (Archiv f. civ. Praxis 73. S. 30) auf die somit im Bürgerlichen Gesetzbuch entstandene Lücke hinwies, hat die spätere Commission sie offen gelassen. Ein gestellter Verbesserungsantrag wurde leider in der Reichstagscommission mit 9 gegen 9 Stimmen abgelehnt. (Vgl. Bericht der Reichstagscommission S. 24.)

Ebenso, wie im römischen Recht, ist das noch nicht siebenjährige Kind auch nicht delictsfähig, „nicht verantwortlich für einen Schaden, den es einem Andern zufügt". (§ 828) Vom vollendeten 7. Lebensjahre ab ist der Minderjährige in seiner Geschäftsfähigkeit beschränkt: Wie der römische *Impubes infantia major* kann er ohne seinen gesetzlichen Vertreter (Vater oder Vormund) solche Rechtsgeschäfte abschliessen, durch die er ausschliesslich berechtigt wird; zu Willenserklärungen, durch die er „nicht lediglich einen rechtlichen Vortheil erlangt", bedarf er der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters (§ 107). Schliesst er ein solches Geschäft ohne dessen Einwilligung ab, so gilt dasselbe ebenso, wie im römischen Recht beim *Impubes infantia major*, als *negotium claudicans* (hinkendes Geschäft) d. h. der andere Contrahent ist einstweilen passiv gebunden,[1]) so dass z. B. Puchta Pand. § 232 meint, der Vormund entscheide erst über die Existenz der Obligatio, aber freilich involvire diese Ent-

[1]) *Ex uno latere consistit contractus: nam qui emit, obligatus est pupillo, pupillum sibi non obligat. l* 13 *D. de act. empti venditi* 19. 1 Vgl. Savigny, System III S. 40 IV S. 541. Vgl. oben S. 73.

scheidung nothwenig auch die Entstehung der Verbindlichkeiten der Pupillen aus der obligatio (mit rückwirkender Kraft). Andere, Arndts Pand. § 234 a. E. (3. Aufl.), Brandis (Giessener Zeitschrift VII S. 121 ff.) [1]) wollen das Verhältniss als theilweise Nichtigkeit erklären, wieder Andere (Vangerow Pand. I § 279) nehmen eine *obligatio naturalis* auf Seiten der Pupillen an. Die richtige Gesammtauffassung ergiebt sich nach v. Ihering allein aus der historischen Entwickelung des zweiseitigen Contractes bei den Römern. In früherer Zeit (vor Klagbarwerden der Verträge *juris gentium*) wurden die zweiseitigen Contracte, z. B. der Kauf in Gestalt zweier selbständigen Stipulationen abgeschlossen, *stipulatio empti* und *stipulatio venditi*. Klagte nun der eine Contrahent, z. B. der Verkäufer aus der *stipulatio empti*, so hatte er sich selbstverständlich ebenso wie jetzt der Vormund beim *negotium claudicans* seinerseits zur Leistung zu erbieten; die *stipulatio venditi* dagegen des Käufers ward dann ungültig. Diese Structur des Verhältnisses haben nun die römischen Juristen auch in der späteren Zeit noch beibehalten, das Kaufgeschäft nennen sie stets *emtio venditio*, Miethe *locatio*, *conductio* u. s. w. Für sie war es daher gar nichts abnormes, dass ein solches Geschäft einseitig gültig und einseitig nichtig war.

Ganz dasselbe Verhältniss, wie beim *negotium claudicans* legten sie zu Grunde in zahlreichen anderen Fällen, z. B. beim Kauf auf Probe (§ 4 J. 3, 23), bei Collusion des Käufers mit dem Procurator des Verkäufers (*l.* 13 § 27, 26 *D.* 19. 1), bei wissentlichem Kauf einer *res aliena* (*l.* 34 § 3 *D.* 18. 1) bei Kündigung einer Societät (*l.* 17 § 1 *D. ht. l.* 65 § 4, 6, 78 *ht.* 17, 2), beim Mandat (*l.* 3 § 2 *l.* 4. *D. mand.* 17, 1).

Das *negotium claudicans* bezeichnete demnach eine ganz allgemeine Form beschränkter oder geminderter Haftung bei (wesentlich oder zufällig) zweiseitigen Contracten. Allerdings nimmt bei diesem partiellen Bestehen der nicht zur juristischen Existenz gelangte Gegenanspruch des anderen Theils den Charakter einer Bedingung der Realisirung des gegnerischen Anspruchs an.

[1]) Vgl. das eingehende Referat bei Wächter, Pand. § 84 Beil. II. A. B. C. S. 434 ff.

— eine Art der indirecten Verpflichtung des Gegners, auf welche die römischen Juristen den Begriff und den Ausdruck der *obligatio naturalis* angewandt haben.[1]) Die Motive zum B.G.B. lehnen zwar die Construction des Verhältnisses als *negotium claudicans* ausdrücklich ab, sowohl beim Geschäft des Minderjährigen, wie bei den analogen Fällen z. B. Kauf auf Probe; sie wollen, dass man den Widerspruch denke, es liege ein einheitlicher gegenseitiger Vertrag vor, der jedoch für den einen Theil nicht bindend sei, zugleich sei die Verpflichtung des anderen Theils aufschiebend bedingt (!) Mot. I. S. 164. 136. Selbstverständlich können die Motive für die wissenschaftliche Auffassung eines Rechtsverhältnisses noch weniger Autorität beanspruchen, als für die unmittelbare Auslegung des Gesetzes. Auf diesem Gebiete bilden Logik und Rechtsgeschichte die einzige Autorität.

Wenn übrigens der Vormund (überhaupt der andere Contrahent beim *negotium claudicans*) die Entscheidung ungebührlich hinauszieht, so kann der passiv Gebundene, um nicht unausgesetzt in Ungewissheit zu bleiben, nach *l.* 13 § 27, 28 *D.* 19, 1[2]) seine Entscheidung verlangen.

Das Bürgerliche Gesetzbuch nun gibt dem anderen Contrahenten dasselbe Recht, normirt es aber in § 108 näher dahin, dass, wenn der Andere Vertreter des Minderjährigen zur Erklärung über die Genehmigung auffordert, diese Erklärung „nur ihm gegenüber erfolgen kann; eine vor der Aufforderung dem Minderjährigen gegenüber erklärte Genehmigung oder Verweigerung der Genehmigung wird unwirksam." Es ist dies nur die Anwendung eines allgemein für die Form der Genehmigung (Ratihabition) gültigen Rechtsgrundsatzes,[3]) wenigstens gemäss § 177 B.G.B. für das Bürgerliche Gesetzbuch.

[1]) v. Ihering, Geist des röm. Rechts (II. Buch I. Abschnitt III) IV S. 196 ff. „Der Gedanke der Gegenseitigkeit ist kein ursprünglicher Gedanke des römischen Civilrechts, das specifisch Römische ist die Einseitigkeit."

[2]) *Si quis colludente procuratore meo ab eo emit, an possit agere ex empto? Et puto hactenus, ut aut stetur emptioni aut discedatur.*

[3]) Gemeinrechtlich wollen L. Seuffert, die Lehre von der Ratihabition S. 114, 139. Zimmermann, d. Lehre von der stellver-

Neu aber ist es, dass das Bürgerliche Gesetzbuch die Genehmigung an eine gesetzliche Frist von 2 Wochen nach dem Empfange der Aufforderung bindet; wird sie (innerhalb dieser Frist) nicht erklärt, so gilt sie als verweigert (§ 108, Abs. 2, 177 Abs. 2). Fast selbstverständlich ist der Satz, dass, wenn inzwischen der Minderjährige die volle Geschäftsfähigkeit erlangt, seine Genehmigung an die Stelle des Vertreters tritt.

Abweichend von den Grundsätzen des *negotium claudicans* im römischen Rechte ist das durch § 109 B.G.B. auch dem anderen Contrahenten bis zur Genehmigung des Vertrages verliehene Widerrufsrecht. Seine passive Gebundenheit ist also jetzt keine unbedingte mehr, gebunden ist er unter einer zeitlich begrenzten rein potestativen Resolutivbedingung. Ausgeschlossen wird dies Widerrufsrecht, wenn er die Minderjährigkeit gekannt hat, es sei denn, dass wiederum andrerseits der Minderjährige der Wahrheit zuwider die Einwilligung des Vertreters behauptet hat. (Auch die *l.* 2 *Cod. si minor se major* 2, 43 versagte in diesem Fall die *restitutio in integrum.*) Doch wird gegen diese *exceptio doli* wiederum die *replica doli* (*compensatio doli*) zugelassen: er kann auch in diesem Falle nicht widerrufen, wenn ihm das Fehlen der Einwilligung bei dem Abschlusse bekannt war. Sein Widerruf kann aber (insofern eine Abweichung vom strengen bezüglich der Genehmigung gewahrten Stellvertretungsgrundsatz) auch dem Minderjährigen gegenüber erklärt werden. Dieses Widerrufsrecht ist erst durch die II. Commission unter folgender Begründung eingeführt worden: „Der Ausschluss des Rücktrittsrechtes für den anderen Theil wäre in dem Falle unbillig, wenn der andere Theil die Minderjährigkeit oder den Mangel der von dem Minderjährigen als erfolgt bezeichneten Einwilligung nicht gekannt hat. Der für den Ausschluss des Rücktrittsrechtes angeführte Grund, dass der Schutz der Minderjährigen den für die Regelung entschei-

tretenden *negot. gestio.* S. 162 behaupten, die Ratihabition könne gegenüber Jedermann geäussert werden. Vgl. jedoch Regelsberger, krit. Vierteljahrsschrift Bd. 11 S. 375 ff.

denden Gesichtspunkt zu bilden habe, steht nicht im Einklang mit der Tendenz des Bürgerlichen Gesetzbuchs, alle Privilegien der durch eine gesetzliche Vertretung geschützten Minderjährigen zu beseitigen. Uebrigens geschieht der Rücksicht auf Schutz der Minderjährigen Genüge, wenn das Gesetz dafür sorgt, dass ein für den Minderjährigen unvortheilhafter Vertrag ohne die Genehmigung des gesetzlichen Vertreters nicht wirksam werden kann. Es ist eine Frage abwägender Gerechtigkeit, wie weit man in der Bindung des anderen Theils gehen soll. Hierbei kommt, sofern derselbe sich nicht wissentlich mit einem ohne Einwilligung handelnden Minderjährigen eingelassen hat, in Betracht, dass für jenen aus der Gebundenheit positiver Vermögensschaden entstehen kann, während für den Minderjährigen nur das Entgehen eines möglichen Gewinnes in Frage steht, und dass zu dem auf Seiten des Minderjährigen auch ein illoyales Verhalten vorliegen kann. Der letztere Grund rechtfertigt auch, dem Minderjährigen den Beweis der das Rücktrittsrecht ausschliesenden Kenntniss des Vertragsgegners aufzuerlegen. Die Vorschrift schliesst sich überall dem § 178 des Bürgerlichen Gesetzbuchs an."

„Das Rücktrittsrecht schon bei fahrlässiger Nichtkenntniss des anderen Theils auszuschliessen, ist nicht gerechtfertigt, da man hierdurch dem Anderen eine oft kaum erfüllbare Erkundigungspflicht auferlegt und den Minderjährigen aus der Leichtgläubigkeit des Anderen einen unbilligen Vortheil ziehen lässt.

„Mit Rücksicht auf die Besonderheit des Falles erleichtert das Bürgerliche Gesetzbuch den Rücktritt noch dadurch, dass es die Erklärung auch gegenüber dem Minderjährigen zulässt, obwohl hierbei nicht verkannt ist, dass hierdurch von § 131 Abs. 2 abgewichen wird." (Commiss.-Prot. S. 130—131. 8255. Vgl. Haidlen, Commentar zu § 109.)

Eine wichtige Ausnahme erleidet übrigens wieder die Beschränkung der Geschäftsfähigkeit des Minderjährigen, oder vielmehr seine Geschäftsfähigkeit wird anerkannt insofern, als

ihm auch nach dem modernen Recht eine Art von *peculium* d. h. ein nicht rechtlich, sondern faktisch von dem sonstigen Vermögen sei es seines Gewalthabers oder des der vormundschaftlichen Verwaltung unterliegenden Gesammtvermögens abgesonderter Theil zu freier Verfügung überlassen werden kann. Zunächst fällt darunter das sog. Taschengeld; es kann sich aber auch um grössere Summen und Vermögens-Complexe handeln, z. B. Wechsel der Studirenden. Aus solchem „Peculiarvermögen“ [1]) kann der Minderjährige zunächst Baarzahlungen auch auf Grund von nicht speziell genehmigten Rechtsgeschäften mit voller Rechtswirkung bestreiten, so dass die *condictio sine causa* nicht gegeben wird (§ 110). „Der § 110 trägt der Sitte Rechnung, dass heranwachsenden Minderjährigen gewisse Geldbeträge zur freien Verfügung überwiesen werden. Ein grösseres oder geringeres Taschengeld ist fast allgemein üblich. Mitunter werden auch aus sonstigen Gründen Vermögenswerthe Minderjährigen in der gedachten Art überlassen. Wie weit der gesetzliche Vertreter auf Grund eigener Machtvollkommenheit hierin gehen kann, ergeben die §§ 1644, 1824. Die Rechtsordnung hat jener Sitte dadurch gerecht zu werden, dass der Ueberweisung die durch den Zweck erforderte rechtliche Wirkung beigelegt wird. Aus dem Zwecke der Ueberweisung folgt unmittelbar, dass der Minderjährige zu denjenigen Rechtsgeschäften, durch welche er das überwiesene Vermögen veräussert, einer besonderen Einwilligung des Vertreters nicht mehr bedarf. Dem praktischen Bedürfnisse wird aber durch die Wirksamkeit der von dem Minderjährigen geschlossenen einschlagenden dinglichen Verträge nicht genügt. Den Verträgen dieser Art liegt immer ein materieller Rechtsgrund, in der Regel ein Schuldverhältniss, zu dessen Erfüllung der dingliche Vertrag dient, zu Grunde. Dem Minderjährigen, welchem ein Taschengeld gegeben ist und welcher Gegenstände mit demselben kauft, ist nicht damit geholfen, dass der Vertrag, durch welchen er die den Betrag des Kaufpreises

[1]) *cum grano salis, das peculium profecticium* der Römer soll nur zur analogen Veranschaulichung herangezogen werden.

bildende Summe dem Verkäufer zu Eigenthum überträgt, gültig ist; — auch der Kaufvertrag muss, wenn der Zweck der Ueberweisung erreicht werden soll, gültig sein.“ (Commissionsprotokolle S. 141, 142. Haidlen, Commentar S. 122.) Das Bürgerliche Gesetzbuch hat nun hinsichtlich solcher Peculiarvermögen die beschränkte Haftung des römischen Rechtes, *actio de peculio*, nicht übernommen; die Commission (a. a. O.) meinte, selbst wenn eine in dieser Art begrenzte Haftung an sich unbedenklich wäre, würde sie doch im vorliegenden Falle zu Schwierigkeiten und Zweifeln mancher Art führen. Man hat vielmehr den obligatorischen Vertrag zunächst voll und ganz unter der für die Verträge der Minderjährigen geltenden Regel stehen lassen, er ist, so lange er nicht erfüllt wird, *negotium claudicans*. Tritt aber Erfüllung von Seiten des Minderjährigen ein, so wirkt dieselbe so, wie die Genehmigung des Vertreters oder des Minderjährigen nach erlangter Geschäftsfähigkeit: Der Vertrag gilt dann als von Anfang an wirksam (rückwirkende Kraft der Erfüllung!), wenn der Minderjährige die vertragsmässige Leistung mit Mitteln bewirkt, die ihm zu diesem Zwecke oder zu freier Verfügung von dem Vertreter oder mit dessen Zustimmung von einem Dritten überlassen worden sind. Die Ueberweisung braucht natürlich keine ausdrückliche zu sein. Eine stillschweigende kann besonders dann anzunehmen sein, wenn der Minderjährige den Lebensunterhalt sich selbst verdient und der Vertreter (Vater oder Vormund) ihm das Erworbene belässt.

Noch mehr erweitert wird die Geschäftsfähigkeit des Minderjährigen, wenn ihm solche Vermögenstheile mit der Ermächtigung zum selbständigen Betriebe eines Erwerbsgeschäftes überwiesen werden, was freilich der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf: alsdann wird er für alle Rechtsgeschäfte unbeschränkt geschäftsfähig, die der Geschäftsbetrieb dieses Erwerbsgeschäftes mit sich bringt (§ 112). Nur die Rechtsgeschäfte sind von seiner so erweiterten Peculiargeschäftsfähigkeit ausgenommen, zu denen der Vertreter selbst

der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedürfen würde (§§ 1821, 1822).

Ist einmal eine solche Ermächtigung zum Betriebe eines selbständigen Erwäbsgeschäftes ertheilt, so kann sie auch nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes zurückgenommen werden, im Interesse der Sicherheit des Verkehrs und weil ja die Genehmigung desselben auch zur Ertheilung der Ermächtigung erforderlich war. [1])

Abgesehen von der Ermächtigung zum selbständigen Betriebe eines Erwerbsgeschäftes können die Verhältnisse einen Minderjährigen nöthigen, sich seinen Unterhalt bereits selber dadurch zu beschaffen, dass er in Dienst oder Arbeit tritt. Es wäre sehr lästig sowohl für den Minderjährigen wie für die ihm gegenüberstehende Dienstherrschaft oder Unternehmerschaft in solchen Fällen stets auf die vormundschaftliche Genehmigung zurückkommen zu müssen, die gemeinrechtliche Praxis nahm daher schon vielfach an, dass ein generelles Consens vom Vater oder Vormunde für solche Fälle anzunehmen sei.

Im Gegensatz zum I. Entwurf, der ebenfalls diese Annahme eines Generalconsenses zu Grunde legte, hat das Bürgerliche Gesetzbuch in § 113 die Minderjährigen auf Grund derartiger Ermächtigung persönlich für unbeschränkt geschäftsfähig erklärt für alle Rechtsgeschäfte, welche die Eingehung oder Aufhebung eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses der gestalteten Art oder die Erfüllung der sich aus einem solchen Verhältnisse ergebenden Verpflichtungen betreffen. Auch hier sind die Verträge, zu denen der gesetzliche Vertreter selber der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf, also z. B. die Eingehung eines Dienstverhältnisses für länger als 1 Jahr (§ 1822, Nr. 7) ausgenommen. Dagegen bedarf es zur Ertheilung der Ermächtigung, in Dienst oder Arbeit zu treten, keiner Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes. Diese Ermächtigung scheint mir dem römischen Begriffe des *jussus* zu

[1]) *Fere quibuscunque modis obligamur, iisdem in contrarium actis liberamur l.* 153 *D. de regulis juris.*

entsprechen (*l.* 1 § 1 § 2 § 4 *D. h. t.* 15. 4); sie ist 1) eine einseitige Willenserklärung des Vaters oder Vormunds, die abgegeben werden kann in beliebiger Form, mündlich oder schriftlich, unmittelbar oder mittelbar, vor Zeugen oder ohne solche, ausdrücklich oder stillschweigend; 2) sie kann sich beziehen auf ein einzelnes Geschäft oder auf eine ganze Reihe von Geschäften, kann und wird meistens generell gefasst sein. — Die für den einzelnen Fall ertheilte Ermächtigung gilt (nach gesetzlicher Auslegungsregel) im Zweifel als allgemeine Ermächtigung (§ 113 Abs. 4). 3) Sie kann vor oder bei Abschluss des Geschäftes gegeben werden, auch durch nachträgliche Genehmigung ersetzt werden (*l.* 1 § 7 *l.* 3 *pr. h. t.* 15, 4). 4) Sie besteht lediglich in der zustimmenden oder billigenden Erklärung zum Geschäftsabschluss, erforderlich ist weder der Wille, den Minderjährigen zum Abschluss des Geschäftes zu zwingen (*l.* 1 § 3 *cit.*) noch der Wille, ihn zu bevollmächtigen im Namen des Vertreters zu handeln (*l.* 5 § 2 *D.* 15, 3). 6) Sie braucht, um wirksam zu sein, dem dritten Contrahenten nicht bekannt geworden zu sein (*l.* 3 § 4 *D.* 4, 4). Da sie allein vom gesetzlichen Vertreter ertheilt werden kann, so kann sie von diesem auch jeder Zeit ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zurückgenommen oder eingeschränkt werden.

Wenn jedoch der Minderjährige nicht unter elterlicher Gewalt, sondern unter Vormundschaft steht und der Vormund die Ermächtigung verweigert, so kann das Vormundschaftsgericht sie ersetzen, wenn sie im Interesse des Mündels liegt (§ 113, 3), in diesem Falle kann natürlich auch nur das Vormundschaftsgericht sie zurücknehmen oder einschränken.

Um dem Minderjährigen noch einen besonderen Schutz bei auf Grund solcher Ermächtigung von ihm eingegangenen Abhängigkeitsverhältnissen zu gewähren, war in der Reichstagscommission ein Zusatz zu § 113 beantragt worden dahin, dass der Vertreter solle die sofortige Auflösung des Dienst- oder Arbeitsvertrages fordern können, wenn durch dessen Fortsetzung die Gesundheit oder die Sittlichkeit des Minderjährigen gefährdet sei. Der Antrag ist nicht angenommen

worden, aber lediglich deshalb, weil der Minderjährige, wie auch, wenn er selbst nicht einwillige, sein Vertreter auch ohne solche Sonderbestimmung auf Grund des § 113, 2 in Verbindung mit § 626, das Dienst- oder Arbeitsverhältniss ohne Einhaltung der Kündigungsfrist aufheben könne.

Eine besondere Vorschrift gibt das Bürgerliche Gesetzbuch noch für einseitige Rechtsgeschäfte (unter Lebenden) des Minderjährigen z. B. Kündigung, Mahnung. Dieselben sind, sofern sie nicht unter die eben gedachten Ausnahmen erweiterter oder unbeschränkter Geschäftsfähigkeit fallen, nicht bedingt, sondern unbedingt unwirksam, wenn der Minderjährige sie ohne die erforderliche Einwilligung (vorherige Zustimmung) des gesetzlichen Vertreters vornimmt. Ueberdiess aber kann, — eine Analogie des in § 174 allgemein für einseitige Rechtsgeschäfte eines Bevollmächtigten aufgestellten Satzes —, der Andere, dem gegenüber das einseitige Rechtsgeschäft vorgenommen ist, dasselbe unverzüglich zurückweisen und dadurch unwirksam machen, wenn der Minderjährige die Einwilligung nicht in schriftlicher Form vorlegt. Die *ratio hujusce legis* liegt in der Unbilligkeit, die darin liegen würde, Personen, welche von solchen einseitigen Rechtsgeschäften berührt werden, unter der Ungewissheit leiden zu lassen, die bis zur Bestätigung durch den Vertreter darüber bestehen würde, ob ihre Rechtslage wirksam verändert sei oder nicht. Daher entfällt dieses Requisit der Schriftform und wird die Zurückweisung unzulässig, wenn der Vertreter den Anderen auf andere Weise von der Einwilligung in Kenntniss gesetzt hat (§ 111). Uebrigens dürfte die Fassung des letzten Satzes des § 111 unabsichtlich zu eng gerathen, und das Zurückweisungsrecht auch dann ausgeschlossen sein, wenn der Andere nicht direct vom Vertreter, sondern auf anderem Wege zuverlässige Kenntniss von der Einwilligung hat (*exceptio doli generalis*). —

Nach dem Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 § 28, 2 trat die sog. Ehemündigkeit d. h. die besondere Fähigkeit zum Abschluss einer Ehe, als Ausnahme von der sonstigen Beschränkung der Geschäftsfähigkeit des Minderjährigen, für Männer

mit dem vollendeten 20., für Weiber mit dem vollendeten 16. Lebensjahre ein. Bezüglich der Männer hat nunmehr § 1303 B.G.B. diese Ausnahme beseitigt, auch eine Ehe darf der Mann vor dem Eintritte der Volljährigkeit nicht eingehen. Dagegen ist es für die Frau bei dem früheren Eintritt der Ehemündigkeit mit dem 16. Lebensjahre verblieben. — Männern, obwohl sie erst mit dem 21. Jahre ehemündig werden, kann kein Dispens von dem Erfordernisse der Volljährigkeit bewilligt werden, wohl aber — ein sanitär und moralisch bedenkliches Privilegium — den Frauen, die also eventuell noch vor dem 16. Lebensjahre heirathen können. Der hin und wieder particularrechtlich noch geltende Satz: Heirath macht mündig, ist beseitigt.

Es erübrigt, die Geschäftsfähigkeit der Minderjährigen zu Rechtsgeschäften von Todeswegen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch zu bestimmen. Die *testamentifactio activa* der Minderjährigen ist durch § 2229 B.G.B. um zwei Jahre gegen das römische Recht hinausgerückt; nach dem vollendeten 16. Lebensjahre kann ein Minderjähriger ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters ein Testament errichten, vorher (§ 2064) überhaupt nicht. Auch nach dem vollendeten 16. Lebensjahre kann er es nur in einer Form errichten, nämlich durch mündliche Erklärung vor einem Richter oder vor einem Notar, nicht aber schriftlich, weder privatim noch durch Ueberreichung an einen Richter oder Notar (§§ 2238 Abs. 2, 2247). Erbverträge lässt das Bürgerliche Gesetzbuch nur unter Volljährigen zu, nur Ehegatten und Verlobte können trotz Minderjährigkeit sowohl Ehe- und Erbverträge (*uno actu*) als auch blosse Erbverträge schliessen. (§ 2275.)

Zu einem Erbverzicht ist, auch bei dem unter elterlicher Gewalt stehenden Minderjährigen, die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich, es sei denn dass der Vertrag lediglich unter Ehegatten oder unter Verlobten geschlossen wird (§ 2347.)

Wir kommen endlich auf die Delictsfähigkeit der Minderjährigen Wie es mit derselben nach römischem Rechte sich verhielt, ist oben dargestellt. Gemeinrechtlich aber bestand seit dem deutschen Strafgesetzbuch eine Controverse darüber,

ob mit Hinsicht auf § 56 des St.G.B. auch auf civilrechtlichem Gebiete bis zum zurückgelegten 18. Lebensjahre die Haftbarkeit von der individuellen Reife (*doli capacitas* und *rei intellectus*) abhängig zu machen und überdiess diese individuelle Reife aus den im Strafgesetzbuche festgestellten Gesichtspunkten zu beurtheilen sei. Dernburg (Preuss. Privatrecht § 119 Nr. 5, Pandekten I § 55 S. 128) bejahte dies, während z. B. v. Mandri, Reichscivilrecht S. 5 u. 8 mir mit Recht für die Verneinung einer Einwirkung jener strafgesetzlichen Bestimmung auf das gemeine Civilrecht einzutreten scheint; „denn principiell und abgesehen von den Bestimmnngen des positiven Rechtes differiren civilistische und criminalistische Zurechnungsfähigkeit; das innere Verhältniss derselben würde aber nur den Schluss rechtfertigen, dass, wo criminalistische Zurechnungsfähigkeit (als das Plus) anerkannt ist, die civilrechtliche (als das Minus) nicht fehlen kann.“ Auch das römische Recht hat die Identificirung der civilrechtlichen und criminalistischen Zurechnungsfähigkeit, ungeachtet sich seine Bestimmungen über beide nach Regel und Ausnahme decken, keineswegs nachweissbar zum Princip erhoben und die Bestimmungen über strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit auch nach der civilrechtlichen Seite hin nicht für massgebend erklärt.

Auch das Bürgerliche Gesetzbuch lässt die Analogie des Strafrechts nicht durchaus, sondern nur mit der Erweiterung walten, dass die civilrechtliche Zurechnungsfähigkeit schon, wie nach römischem Recht, mit dem vollendeten 7. Jahre möglich wird: Nach § 828 ist, wer das 7. Lebensjahr noch nicht vollendet hat, für einen Schaden, den er einem Anderen zufügt, nicht verantwortlich; wer das 7., aber nicht das 18. Lebensjahr vollendet hat, ist dann verantwortlich, wenn er bei der Begehung der schädigenden Handlung die zur Erkenntniss der Verantwortlichkeit erforderliche (concrete) Einsicht hat. Diese Einsicht gehört als Klagfundament zur Beweislast des Geschädigten.

III. Durch Kaiserliches Rescript (Tit. *Cod. de his qui veniam* 2, 45) konnten nach römischem Rechte Minderjährige, Männer nach Vollendung des 20., Weiber nach Vollendung des 18. Lebensjahres auf ihren Antrag für grossjährig erklärt

werden. Gemeinrechtlich wurde die Grossjährigkeitserklärung den Vormundschaftsgerichten überlassen. Durch sie wurde die Bevormundung aufgehoben, der für grossjährig Erklärte wurde veräusserungs- und verpflichtungsfähig, nur die Veräusserung von Grundstücken blieb an die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes gebunden. Nach § 3 u. 4 B.G.B kann jeder Minderjährige, einerlei ob Mann oder Weib, nach vollendetem 18. Lebensjahr mit seiner Einwilligung (vorherigen Zustimmung) durch Beschluss des Vormundschaftsgerichtes für volljährig erklärt werden; doch ist, wenn er unter elterlicher Gewalt steht, auch die Einwilligung des Gewalthabers erforderlich, ausgenommen bei einer minderjährigen Wittwe oder, wenn dem Gewalthaber aus gewissen Gründen (§§ 1635, Ehescheidung, 1647, Concurseröffnung, 1666, Zwangserziehung 1670, 1676—1681, Ruhen der elterlichen Gewalt) weder die Sorge für die Person noch die Sorge für das Vermögen des Kindes zusteht.

Durch die Volljährigkeitserklärung erlangt der Minderjährige die volle Rechtsstellung eines Grossjährigen, die römische Beschränkung bezüglich der Grundstücke ist beseitigt. Er wird insbesondere auch ehemündig. Während nach römischem Rechte, wo Minderjährigkeit und väterliche Gewalt durchaus getrennte Begriffe waren, auch der grossjährige Haussohn unter väterlicher Gewalt blieb, so lange er nicht emancipirt ward, beseitigt nach § 1626 B.G.B. die Volljährigkeitserklärung auch die elterliche Gewalt.

§ 5.

Geisteskrankheit. Geistesschwäche. Verschwender. Trunksucht. Entmündigung.

Literatur: Juristische: *l.* 25 *Cod. de nuptiis* 5. 4. *l.* 8 § 1 *D. de tut. dat.* 26. 5. *l.* 6. *D. de curat. fur.* 27. 10. *l.* 28 *Cod. de episc. aud.* 1. 4. *l.* 28 § 1 *Cod. de admin.* 5, 37. *l.* 2 *D. de post.* 3, 1. *l.* 21 *D. de reb. auct. jud.* 32, 5. § 4 *J. de cur.* I 23. *Cicero, Tusc.* III. 5. *Pernice*, *Labeo* I S. 324 ff. *Audibert*, *la folie et la prodigalité in nouvelle revue historique* Bd. 14 S. 846 ff. und *études sur l'histoire du droit romain* I 1892. Savigny-Zeitschrift Bd. 14. S. 260. Adamkiewicz, Rechtsbegriff der Curatel S. 35 ff. Steiniger, Entmündigung des Verschwenders 1890. Ad. Schwarz, Entmündigung des Verschwenders, Tübingen 1891. Medicinische: Mendel in Eulenburgs Vierteljahrsschrift für gerichtl. Medicin n. F. Bd. 49, 2. Ziehen, Psychiatrie, Einleitung u. S. 399—453.

I. Handlungsfähigkeit im juristischen Sinne ist nicht die psychologische Fähigkeit schlechthin, Handlungen vorzunehmen, sondern die Handlungsfähigkeit eines geistig normal entwickelten, gesunden Menschen. Sie wird deshalb abgesehen von der normalen Rückständigkeit der geistigen Entwicklung des Kindesalters auch ausgeschlossen durch abnorme über das Kindesalter hinausreichende Rückständigkeit der Entwicklung oder durch pathologische Störungen, denen der anfänglich geistiggesunde Mensch anheimfallen kann, durch abnorme Geistesschwäche und durch Geisteskrankheit. Anscheinend trennten schon die Römer diese beiden Ursachen der juristischen Handlungsfähigkeit, indem sie *furiosi*, Wahnsinnige, von den *dementes* oder *menti capti*, *insani*, *fatui* unterschieden; die XII Tafeln stellten die *furiosi* unter die *potestas* der Agnaten, eventuell der Gentilen, später unter eine von Rechtswegen eintretende Curatel. Die *dementes* erhielten einen Curator vom Magistrat. Bestimmungen, welche für die *dementes* getroffen waren, betrafen die *furiosi* nicht direct, sondern nur in analoger Ausdehnung. Im Justinianeischen Rechte ist aber keinenfalls mehr ein Unterschied der rechtlichen Behandlung für beide Kategorieen zu constatiren.

Auch das Bürgerliche Gesetzbuch unterscheidet (§ 6, § 104, § 114.) 1) Geisteskrankheit und 2) Geistesschwäche.

3) Daneben kennt es den Begriff einer „krankhaften Störung der Geistesthätigkeit, welche die freie Willens-

bestimmung ausschliesst" und zwar eine dauernde (§ 104) oder vorübergehende (§ 105), endlich den (vorübergehenden) Zustand der Bewusstlossigkeit (§ 105).

Die rechtlich sehr erhebliche Definition dieser verschiedenen Begriffe und ihr Verhältniss zu einander ist nicht so einfach und verdient eine genauere Berücksichtigung, als gewöhnlich angenommen wird. Welchen Werth das Bürgerliche Gesetzbuch auf diese Unterscheidungen legt, erhellt aus den sehr verschiedenen Rechtsfolgen, die es an die Constatirung der einzelnen Begriffe für die Geschäftsfähigkeit knüpft: 1. Der Geisteskranke und Geistesschwache kann entmündigt werden, wenn er in Folge seiner Krankheit oder Schwäche seine Angelegenheiten nicht zu besorgen vermag. Nach der Entmündigung ist der Geisteskranke absolut geschäftsunfähig (§ 104, 3), der Geistesschwache dagegen beschränkt geschäftsfähig, letzterer steht einem Minderjährigen gleich, der das 7. Lebensjahr vollendet hat (§ 114).

2) Wer sich in einem die freie Willensbestimmung ausschliessenden Zustande krankhafter Störung der Geistesthätigkeit befindet, sofern nicht der Zustand seiner Natur nach ein bloss vorübergehender ist, ist absolut (allgemein) geschäftsunfähig (§ 104, 1).

3) Bei dem sog. Bewusstlosigkeitszustande und bei vorübergehender Störung der Geistesthätigkeit, welche die sog. freie Willensbestimmung ausschliesst, ist nur die concrete in solchem Zustande abgegebene Willenserklärung nichtig (§ 105).

4) Die Frage der Delictsfähigkeit ist dagegen beim Geisteskranken in jedem einzelnen Falle durch eine Prüfung seiner Zurechnungsfähigkeit bedingt: Der wegen Geisteskrankheit Entmündigte ist nicht allgemein delictsunfähig; nach § 827 B.G.B. ist, „wer im Zustande der Bewusstlosigkeit oder in einem die freie Willensbestimmung ausschliessenden Zustande krankhafter Störung der Geistesthätigkeit einem Anderen Schaden zufügt, für den Schaden nicht verantwortlich". Dagegen ist der Geistesschwache, da er einem Minderjährigen gleich steht, der das 7. Lebensjahr vollendet hat, nach § 828

B.G.B. „für einen Schaden, den er einem Andern zufügt, nicht verantwortlich, wenn er bei der Begehung der schädigenden Handlung nicht die zur Erkenntniss der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht hat".

Die richtige Anwendung dieser so verschiedenen Bestimmungen fordert unbedingt eine gewisse allgemeine Orientirung über den gegenwärtigen Standpunkt der Psychiatrie. Denn wenn auch selbstverständlich der Jurist die thatsächliche Feststellung des den gesetzlichen Voraussetzungen entsprechenden concreten rein medicinischen Sachverhaltes ausschliesslich dem psychiatrischen Sachverständigen zu überlassen hat, so ist doch eine gewisse allgemeine Kenntniss des gegenwärtigen psychologischen und psychiatrischen Wissens für ihn unentbehrlich sowohl deshalb, weil häufig gerade der Jurist die erste Veranlassung hat, die Frage der civilistischen oder criminellen Zurechnungsfähigkeit anzuregen, überhaupt die Initiative zu einem sachverständigen Gutachten zu nehmen, als auch um den Sachverständigen, der nur ein Gehülfe des Richters werden soll, verstehen und sein Gutachten durch zweckentsprechende Fragen in die richtigen Bahnen leiten zu können. Die Wichtigkeit der Psychologie und daneben der Psychiatrie als Hülfswissenschaft der Jurisprudenz ist leider bislang vielfach verkannt und daher von Seiten der Juristen nicht nur in der Rechtsprechung, sondern selbst in der Gesetzgebung positiv und negativ stark gesündigt worden. Vor allem tritt dies jetzt noch hervor in der gesetzlichen Aufstellung des wissenschaftlich sehr bedenklichen Kriteriums der sog. freien Willensbestimmung. Weit entfernt die Willensfreiheit durchaus leugnen zu wollen,[1]) muss ich sie doch für ein rein metaphysisches Problem erklären, das für eine positive Gesetzesdefinition, für eine Begriffsbestimmung der civilistischen und criminellen Verantwortlichkeit den denkbar ungeschicktesten Ausgangspunkt bildet.

Die empirische Psychologie kennt keine freie Willensbestimmung, ja sie kennt überhaupt kein abstractes Willensver-

[1]) Vgl. meinen Schuldbegriff S. 78–139. (Der Schuldbegriff von Dr. L. Kuhlenbeck, Leipzig (Hirschfeld), 1892).

mögen, wie es zu den Lehren der gänzlich überwundenen leeren Scholastik der sog. rationalen Psychologie gehörte. Die ältere Jurisprudenz stand der Wahrheit immer noch näher, wenn sie als Kriterium der Zurechnungsfähigkeit den normalen Vernunftgebrauch hinstellte, obwohl auch der Begriff der Vernunft, — die meisten Psychologen verstehen darunter im Gegensatz zum Verstande die Fähigkeit zu abstracten Vorstellungs- und Urtheils-Combinationen im Gegensatz zu sinnlichen —, ein sehr unsicherer war. Praktisch brauchbar wird das Kriterium der sog. freien Willensbestimmung nur, wenn man darunter die von psychischen Störungen oder Hemmungen freie normale Urtheilsfähigkeit versteht.

Nun ist es richtig, dass nicht jede sog. Geisteskrankheit eine solche Störung oder Hemmung sofort verursacht. Insofern steht das Gesetzbuch, wenn es diejenige krankhafte Störung der Geistesthätigkeit, „welche die freie Willensbestimmung ausschliesst", von der Geisteskrankheit überhaupt unterscheidet oder vielmehr ihr als qualificirten Sonderfall subordinirt, mit der Wissenschaft im Einklang. Wissenschaftlich ist eine Geisteskrankheit (Psychose) zunächst nichts als Erkrankung der Hirnrinde. Eine solche Erkrankung kann sich nun anfänglich bloss durch Störungen oder Hemmungen der primitivsten Elemente des Seelenlebens, der Empfindungen, weiter aber auch durch Störungen der Erinnerungsbilder und Vorstellungen, ferner durch Störungen der Affecte und intellectuellen Gefühlstöne und schliesslich durch Störungen des zwischen diesen primitiven und secundären Elementen der Seele verlaufenden Prozesses der Ideeenassociation geltend machen. Aus allen diesen Störungen können sich, da der sog. Wille und die von ihm bedingte Handlung nichts als eine nothwendige Resultante dieses Prozesses ist, Störungen des Handelns ergeben. Erst die letzteren fordern das Interesse des Juristen heraus. Handlungen können bedingt sein durch Empfindungsstörungen (z. B. Sinnestäuschungen), durch Defecte des Vorstellungsvermögens (Zwangsvorstellungen), des Erinnerungsvermögens, durch Affectstörungen (krankhafte Reizbarkeit, Exaltation, Apathie, partielles Fehlen der Gefühlstöne, besonders der ethischen Begriffe, endlich durch Störungen der Ideeenassociation (Beschleunigung,

Verlangsamung, Incohärenz). Erst sobald diese Störungen bei einer Geisteskrankheit den Grad erreichen, dass der Kranke in Folge dessen „seine Angelegenheiten nicht mehr zu besorgen vermag“, und nur dann ist zunächst die gesetzliche Voraussetzung der Entmündigung gegeben. Während es ausschliesslich Sache des Mediziners ist, jene Störungen selber festzustellen, ist die Beurtheilung der practischen Folge nicht ausschliesslich dessen Sache, sie schliesst vielmehr ein juristisches und auch rein praktisch-geschäftliches Urtheil ein, das der Jurist und der vernünftige Laie controliren kann. Keineswegs ist daher jeder im medizinischen Sinne Geisteskranke ohne Weiteres zu entmündigen. Es gibt Psychosen, z. B. Neurasthenie, melancholische Verstimmung, in denen der Kranke, wenn auch unter etwas erschwerten Bedingungen, ungeachtet einzelner Störungen, z. B. Gemüthsdepression, selbst Zwangsvorstellungen, selbst Sinnestäuschungen, so lange er deren blosse Subjectivität beherrscht, noch sehr wohl zur Besorgung seiner Angelegenheiten fähig ist. Innerhalb der einzelnen Geisteskrankheit handelt es sich hier lediglich um eine nur mit Hülfe des Arztes zu erledigende *quaestio facti.*

Wenn das Gesetz von der Geisteskrankheit die Geistesschwäche unterscheidet, so ist es aber zweifelhaft, ob unter letzterer auch der erworbene Schwachsinn zu verstehen sein soll. Eine Geisteskrankheit kann nämlich soweit gedeihen, dass sie Vorstellungen völlig zerstört, die bei dem gesunden Menschen stets vorhanden sind und das Handeln beeinflussen; am ersten sind dieser Zerstörung gerade die abstracten Begriffe des Rechtes und der Ethik (z. B. Eigenthum, Pflicht, Recht, Unrecht) ausgesetzt. Die Psychiatrie bezeichnet als solche erworbene Defectpsychosen *dementia paralytica* (sog. Gehirnerweichung), *dementia senilis* (Altersblödsinn), die nach verschiedenen unheilbaren sonstigen Psychosen eintretende secundäre Demenz, die *dementia epileptica* und endlich *dementia alcoholica*, letztere eine häufige Folge des chronischen Alkoholismus, die in ihren Anfangsstadien nur zu häufig übersehen wird. Diesen ist die angeborene Geistesschwäche gegenüberzustellen, die von den Psychiatern nach drei Grad-

abstufungen als Idiotie, Imbecillität und Debilität klassificirt wird.

Die erstere der drei Gradabstufungen des angeborenen Schwachsinns wird selbst von Laien nie verkannt, die zweite schon eher, obwohl das Urtheilen des Imbecillen sich meist auf die Verknüpfung von Empfindungen mit einfachen concreten Partialvorstellungen und Begriffen beschränkt, ihm auch zwar das Addiren und Subtrahiren, aber fast niemals das Multipliciren gelingt.[1]) Sehr leicht aber übersieht der Laie den geringsten Grad der angeborenen Geistesschwäche, die Debilität.[2]) Diese ist, da sich bei den debilen Individuen vielfach auch abstracte Begriffe leidlich entwickelt finden und dann nur die ethischen Gefühlstöne fehlen, oft schwer von einer bloss mangelhaften Erziehung zu unterscheiden. Selbst der psychiatrische Sachverständige kann hier eine sichere Diagnose vielfach erst neben selbstverständlicher körperlicher Untersuchung auf längere Beobachtung stellen.

„Durch abgelauschte, auswendig gelernte Phrasen und äussere Routine verdecken sie ihrer Umgebung gegenüber den intellectuellen Defect oft vollständig. Die weitere Lebensentwicklung hängt nun sehr von der socialen Stellung ab. Der debile Sohn des Reichen ist niemals regelmässig bei der Arbeit, spielt den Eleganten, ergibt sich dem Spiel, macht Schulden und vergreift sich gelegentlich an der Kasse seines Principals. Der Sohn des Aermeren verfällt der Vagabondage. Meist gelangt er schon früh auf die Verbrecherlaufbahn, da schon früher eine gesetzliche Befriedigung seiner egoistischen Affecte in Folge seiner pecuniären und socialen Lage, welche ihm Borgen und Schuldenmachen nicht gestattet, unmöglich ist. Alkoholexcesse fehlen sehr selten.“ [3])

[1]) Ziehen, Psychiatrie S. 404.

[2]) Die bisherige juristische Terminologie versteht unter *debiles* sog. bresthafte Personen, die wegen körperlicher Gebrechen ihre Angelegenheiten nicht selbst besorgen können und daher auf ihr Ansuchen einen Curator erhalten.

[3]) Ziehen, a. a. O. S. 408.

Nach dieser allgemeinen Characteristik der erworbenen und angeborenen Geistesschwäche kann die gesetzliche Regelung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, die den entmündigten Geistesschwachen hinsichtlich der Geschäftsfähigkeit höher stellt, als den entmündigten Geisteskranken, indem sie ersteren (§ 114) einem Minderjährigen gleichstellt, der das 7. Lebensjahr vollendet hat, ihn also für beschränkt geschäftsfähig erklärt, letzteren dagegen für schlechthin geschäftsunfähig erklärt (§ 104, 2), nicht als gerechtfertigt erscheinen. Einzelnen Geisteskrankheiten, bzw. gewissen Stadien derselben gegenüber muss nicht nur die erworbene Geistesschwäche, sondern auch die Idiotie und Imbecillität als der bei weitem erheblichere Defect erscheinen.

Man kann übrigens nach dem Wortlaut des Gesetzes, wie schon bemerkt, zweifeln, ob nicht richtiger die erworbene Geistesschwäche im Sinne des Gesetzes unter den Begriff der Geisteskrankheit fällt; ich meinerseits bin geneigt, dies zu bejahen, da man sonst zu dem absurden Resultate käme, den Geisteskranken, wenn seine Krankheit sich bis zur Demenz entwickelt, in der juristischen Handlungsfähigkeit avanciren zu lassen. Um so mehr tritt damit zu Tage, dass der Standpunkt des Justinianeischen Rechtes, das Geisteskranke und Geistesschwache principiell gleich behandelte, richtiger war, als der jetzige des Bürgerlichen Gesetzbuchs; sodann, dass der moderne Gesetzgeber seine Regelung ohne jede zuvorige Orientirung bei der Psychiatrie getroffen hat.

Eine besondere Erklärung fordert endlich noch der in § 106 u. 827 B.G.B. nach dem Vorgange des § 51 des St.G.B. vorkommende Begriff des „Zustandes der Bewusstlosigkeit“. Wie schon die bisherige Criminalpraxis ausser Zweifel lässt, ist dabei keineswegs an Bewusstlosigkeit im wörtlichen Sinne zu denken. Andernfalls würden diese Bestimmungen nie praktisch werden können, ja absurd sein. Denn im Zustande vollkommener Bewusstlosigkeit sind psychische Vorgänge, geschweige denn Handlungen und Willenserklärungen unmöglich. Erst das Bewusstsein [1]) scheidet das Psychologische vom

[1]) Ungeachtet aller Philosophie des Unbewussten. Vgl. Ziehen, Leitfaden der Physiologischen Psychologie (Jena 1893) S. 4.

rein Physiologischen. Es sind in Wahrheit mit jenem unpassenden Worte nur gewisse Bewusstseinstrübungen, abnorme Bewusstseinszustände gemeint, bei denen das Gesammtbewusstsein bzw. die volle Persönlichkeit des Individuums theilweise latitirt und für die ein ziemlich sicheres Kriterium *ex post* der Mangel einer diese Zustände mit dem normalen Wachbewusstsein verbindenden Erinnerungsbrücke bildet (Amnesie). Es gehören hierher das Schlafwandeln, Somnambulismus, Traumbewusstsein, Fieberdelirien, sog. Dämmerzustände der Epileptiker, endlich vor allem die zur Zeit so viel geübte Hypnose und die Bewusstseins-Alterationen auf Grund alkoholischer Intoxication.

In Anschluss besonders an letztere haben wir eine neue Bestimmung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, durch die die sog. *actio libera in causa* allerdings mit Beschränkung auf den Schuldgrad der Fahrlässigkeit civilrechtliche Sanktion erhält, als durchaus anerkennenswerthen Fortschritt zu begrüssen. Hat sich nämlich Jemand „durch geistige Getränke oder ähnliche Mittel in einen vorübergehenden Zustand dieser Art versetzt, so ist er für einen Schaden, den er in diesem Zustande widerrechtlich verursacht, in gleicher Weise verantwortlich, wie wenn ihm Fahrlässigkeit zur Last fiele; die Verantwortlichkeit tritt nicht ein, wenn er ohne Verschulden in den Zustand gerathen ist“. (§ 827 S. 2.)

Ueber diesen, einer logischen Rechtsauslegung wohl auch nach gemeinem Pandektenrecht schon deduzirbar erscheinenden Satz geht noch hinaus die positive Bestimmung des § 829: Es soll darnach sowohl der, welcher in einem Zustande der „Bewusstlosigkeit oder in einem die „freie Willensbestimmung ausschliessenden“ Zustande krankhafter Störung der Geistesthätigkeit delictisch handelt, als auch im gleichen Falle das Kind unter 7 Jahren und der Geistesschwache, ungeachtet der verneinten Verantwortlichkeit den von ihm verursachten Schaden gleichwohl insoweit ersetzen, als die Billigkeit nach den Umständen, insbesondere nach den Verhältnissen der Betheiligten, eine

Schadloshaltung erfordert und ihm nicht die Mittel entzogen werden, deren er zum standesmässigen Unterhalte sowie zur Erfüllung seiner gesetzlichen Unterhaltspflichten bedarf (§ 829). Es handelt sich hier um die Singularität eines Schadensersatzanspruchs ohne Verschulden. Die Commission[1]) war sich bewusst, dem individuellen Ermessen des Richters damit eine schwierige Aufgabe zu überweisen; ihre Mehrheit meinte, es sei darauf zu vertrauen, dass die Rechtsprechung im einzelnen Falle unter Würdigung aller in Betracht kommenden Verhältnisse zu einer dem gesunden Rechtsgefühl entsprechenden Entscheidung gelangen werde.

II. Einen grossen Fortschritt weist unser Bürgerliches Gesetzbuch auf, sofern es neben Geisteskrankheit und Geistesschwäche und der gleich unter III. zu behandelnden Verschwendung die Trunksucht als selbständigen Entmündigungsgrund eingeführt hat (§ 6, 3). Bislang kam dieses Laster nur als ätiologisches Moment der Geisteskrankheit oder Geistesschwäche oder der Unzurechnungsfähigkeit *in concreto* oder auch der Verschwendung zur Geltung. Das Privatrecht verkannte, dass ihm auch eine sittlich erziehende und zum mindesten eine vorbeugende Aufgabe zukommt und dass ihm diese Aufgabe vor allem gegen den die grösste Gefahr für die Volksgesundheit bildenden Alkoholismus, den Wein-, Bier- und Branntwein-Teufel obliegt.

In der That aber ist der Alkohol eines der bedenklichsten Gifte, das zumal die Gesundheit des deutschen Volkskörpers bedroht und einer allmählichen Degeneration entgegenführen muss, wenn nicht noch die ernstesten gesetzgeberischen und erzieherischen Massregeln zu seiner Bekämpfung ergriffen werden.[2]) Hier ist nicht der Ort, um die schädlichen Wirkungen auch verhältnissmässig geringer Quantitäten spirituöser Getränke auf den Körper, wie sie gerade

[1]) Vgl. Reatz, I S. 382.

[2]) Vgl. Bunge, die Alkoholfrage, Leipzig 1887. Vor allem Ziehen, Einfluss des Alkohols auf das Nervensystem. (Im Verlag des Deutschen Vereins gegen Missbrauch geistiger Getränke, Hildesheim 1896.)

neuerdings mit grösster wissenschaftlicher Genauigkeit ererwiesen sind, darzustellen, — der regelmässige Genuss grösserer Quantitäten, zumal in der concentrirten Form des Branntweins, führt unabweislich lange, bevor er sein Opfer tödtet oder in Säuferdelirium, alkoholische Demenz, Alkoholmanie oder Alkoholparanoia stürzt und somit dem eigentlichen Geisteskranken gleichstellt, zu einer Charakter-Degeneration; „der unaufhaltsame Niedergang der Willenskraft lässt alle Besserungsvorsätze zu Schanden werden“, — „die alkoholistische psychische Degeneration (ohne ausgeprägte Psychose) ist charakterisirt durch eine zunehmende Schwäche des Gedächtnisses, Verlangsamung der Auffassung und des Urtheils und Verlust der ethischen und ästhetischen Vorstellungen und Gefühle. Lügenhaft und verleumderisch, jähzornig und doch feig sind fast alle Alkoholisten.[1]“

Der Richter hat den vornehmen Beruf, dieser das eigene Wohl des Trinkers und seiner Familie, wie nicht minder die Gesellschaft (90 % aller Verbrecher sind Alkoholisten) gefährdenden Degeneration bei Zeiten zu steuern und den Trinker einer Heilanstalt zu überweisen. Dies ist ihm jetzt durch § 6, 3 S. 3 des B.G.B. ermöglicht. Trunksucht im Sinne dieses Paragraphen ist der gewohnheitsmässige, übermässige Genuss des Alkohols in irgend welchen Formen, also nicht bloss Branntweingenuss, sondern auch der Genuss von Bier, Wein oder etwaigen sonstigen berauschenden Getränken. Die Trunksucht braucht auch keine continuirlich dauernde zu sein, nüchterne Zwischenperioden sichern den Trinker nicht, insbesondere ist auch der sogenannte Quartalsäufer der Entmündigung nicht entzogen. Ein Antrag in der Reichstagscommission, den Quartalsäufer durch den Zusatz „dauernder“ (Trunksucht) von der Entmündigung auszuschliessen, ist von der Majorität ausdrücklich abgelehnt worden, da von anderer Seite dargelegt wurde, dass der Zustand des Quartalsäufers für die wirthschaftlichen und Familienverhältnisse des Betreffenden keineswegs weniger schlimm, ja wegen der ausserordentlichen Intensität, mit der dieses Laster auftrete, noch gefährlicher

[1]) Ziehen, Psychiatrie S. 224.

sei, als andere Formen der Trunksucht. (Bericht der Reichstagscommission S. 8.) Neben dieser Thatsache der Trunksucht d. h. des unwiderstehlichen Hanges zum unmässigen Genuss berauschender Getränke muss aber, um die Entmündigung zu rechtfertigen, eine von drei alternativ neben einander stehenden Wirkungen derselben in die Erscheinung getreten sein:

1. Es genügt, dass der Gewohnheits-Trinker in Folge der Trunksucht „seine Angelegenheiten nicht mehr zu besorgen vermag". Dieses Kriterium ist ein rein individuell zu bestimmendes, je nach dem Stande und der Stellung des Trinkers in der Gesellschaft leichter oder schwerer eintretendes Symptom. Unter Angelegenheiten sind keineswegs blosse Rechtsangelegenheiten zu verstehen, sondern die persönlichen Interessen im weitesten Sinne, Geschäfts-, Berufs-, Familienangelegenheiten. Darnach wird ein Trinker, der einen grossen Kreis derartiger Angelegenheiten hat, beispielsweise ein Familienvater, der zugleich eine wichtige Berufsstellung bekleidet, eher in Gefahr kommen, aus diesem Gesichtspunkte entmündigt zu werden, als etwa ein alleinstehender Arbeiter, der nur einen äusserst beschränkten Kreis an die intellectuelle Fähigkeit geringe Anforderungen stellender Angelegenheiten hat.[1])

2. Es genügt, dass der Gewohnheitstrinker „sich oder seine Familie der Gefahr des Nothstandes aussetzt". Diese Bedingung fällt keineswegs, wie es auf den ersten Blick scheinen könnte, mit der ersteren Voraussetzung zusammen. Es gibt Trinker, die zwar ihre Angelegenheiten wohl noch besorgen können, wenn sie wollen, z. B. die geschickte Arbeiter sind, die aber zu Folge der aus der Alkoholintoxication resultirenden Charakterdepravation sich freiwillig dem Müssiggang und der Liederlichkeit ergeben; es kommt vor, dass solche Gewohnheits-Trinker bei regelmässigem Wirthshausleben wohl für ihre eigene Person Sorge tragen, aber ihre Familie darben lassen, indem sie ihren gesammten Verdienst in die Kneipe tragen. Dieser Trinkertypus ist eigentlich nur

[1]) Dies gegen die sozialdemokratische Befürchtung, Bericht der Reichstags-Comm. S. 8 Reichst.-Sitz.-Prot. (Sitz. 109 S. 2730).

eine Spezies des Verschwenders, nur dass diese Verschwendung nicht aus einem allgemeinen Hang zur Verschwendung, sondern nur der Trunksucht entspringt; auch der blosse Müssiggang, der, wie wir sehen werden, einen Menschen noch nicht zum Verschwender stempelt, genügt, wenn er eine Folge der Trunksucht ist und zum Nothstand, insbesondere zu vagabondirender Bettelei und Vernachlässigung der Familienpflichten führt.

3. Es genügt, dass ein Gewohnheits-Trinker, bei dem weder die erste noch die zweite Voraussetzung zutrifft, wiederholt im berauschten Zustande Gewaltthätigkeiten gegen Andere ausgeübt oder auch nur ernstlich gedroht hat: er gefährdet in Folge seiner Trunkenheit die Sicherheit seiner Nebenmenschen.

Die Wirkung der Entmündigung des Trunksüchtigen ist die, dass er unter Vormundschaft gestellt wird und hinsichtlich der Geschäftsfähigheit einem Minderjährigen gleichgestellt ist, der das siebente Lebensjahr vollendet hat. Er erhält demnach einen Vormund. Auch „ruht" die elterliche Gewalt des Entmündigten (§ 1676). Ihre Ausübung geht (mit Ausnahme der Nutzniessung am Kindesvermögen) zunächst auf die Mutter über, wenn eine Ehe besteht; auch wenn die Ehe aufgelöst ist, hat das Vormundschaftsgericht der Mutter auf ihren Antrag die Ausübung zu übertragen, wenn keine Aussicht besteht, dass der Grund des Ruhens wegfallen werde; in diesem Falle erlangt die Mutter auch die Nutzniessung an dem Vermögen des Kindes. Wenn keine Mutter da ist, ist ein Vormund für die minderjährigen Kinder zu bestellen. Doch steht dem Entmündigten neben der Mutter bzw. dem Vormunde noch die Sorge für die Person des Kindes zu; nur ist er nicht zur Vertretung des Kindes berechtigt, und bei Meinungsverschiedenheit zwischen dem gesetzlichen Vertreter und ihm geht die Meinung des Ersteren vor (§ 1676). Dagegen befreit ihn die Entmündigung an sich nicht von der delictischen Verantwortlichkeit. Diese unterliegt der concreten Untersuchung im einzelnen Falle, wobei der unter I erwähnte § 827 B.G.B. zur Anwendung kommt. Die Geschäftsfähigkeit des Gewohnheitstrinkers bis zur Entmündigung

ist eine unbeschränkte.[1] — Die Unfähigkeit zur Errichtung eines Testamentes, eine weitere spezielle Folge der Entmündigung, die über die Beschränkung des Minderjährigen hinausgeht, tritt schon mit der Stellung des Antrags ein, auf Grund dessen die Entmündigung erfolgt (§ 2229). Dem Trinker fehlt in der Regel die erforderliche Widerstandsfähigkeit gegen ungehörige Beeinflussung durch Andere, weshalb zu besorgen ist, dass er von dem Rechte, ein Testament zu errichten, nur zum Nachtheil seiner Familie Gebrauch machen werde. Der Wegfall der *testamenti factio* mit der Stellung des Antrags hat seinen Grund in der Gefahr, dass der Trinker gerade die Zeit von der Stellung des Antrags bis zur Entmündigung noch benutze, um aus unlauteren Beweggründen, etwa aus Rachsucht, sein Vermögen durch letztwillige Verfügung der Familie zu entziehen.

Wünschenswerth wäre es, wenn die Zulässigkeit der Entmündigung vom Trunksüchtigen auch auf andere moderne Laster, durch die ohne Alkoholgenuss durch Gebrauch anderer Nervengifte, z. B. Morphium, die Dispositionsfähigkeit beeinträchtigt wird, ausgedehnt würde.

III. Das römische Recht (*l.* 1 *pr. D. de curator. urios.* 27. 10. *l.* 12 § 2 *D. de tutoribus* 26, 5. *Pauli sentent.* III 4a § 7) stellte auch den Verschwender hinsichtlich der Handlungsfähigkeit dem *furiosus*[2] gleich, aber erst auf Grund eines ausdrücklichen prätorischen Interdicts.[3] Er erhielt einen Curator, auf den die Administration seines Vermögens übertragen wurde. Auch zu letzwilligen Verfügungen war der Verschwender unfähig. Dagegen ist es selbstverständlich, dass er sich durch Delicte verpflichten konnte.

Das Bürgerliche Gesetzbuch gestattet ebenfalls die Entmündigung des Verschwenders, in seiner Definition schliesst es sich an das prätorische Interdict an, sofern gefordert wird,

[1]) Wie beim Verschwender, tritt die Beschränkung der Geschäftsfähigkeit erst ein durch den Entmündigungsbeschluss.

[2]) Dem *furiosus*, nicht dem Pupillen. Vgl. Brintz, Pand. § 54. 1.

[3]) *Quando tibi bona paterna avitaque nequitia tua disperdis liberosque tuos ad egestatem perducis, ob eam rem tibi ea re (alieno aere) commercioque interdico. Pauli sentent.* a. a. O.

dass Jemand durch die Verschwendung sich oder seine Familie der Gefahr des Nothstandes aussetzt. Daneben ist entsprechend der gemeinrechtlichen Begriffsbestimmung und dem Zweck des Gesetzes erforderlich, dass die Verschwendung einem eingewurzelten Hange, einer Charakterdisposition entspringe (vgl. Dernburg, Pand. § 57 1, b). „Das Moment, auf welches es ankommt, ist, dass die Person einen Hang zur zweck- und nutzlosen Vermögensverschleuderung besitzt, welcher die Besorgniss begründet erscheinen lässt, dass sie durch ihr entsprechend an den Tag gelegtes Verhalten sich und ihre Familie dem Nothstande preisgibt.“ „Erforderlich ist auch nicht, dass die Person Vermögen besitzt; selbst der mittellose Schuldenmacher kann entmündigt werden. Ebensowenig ist erforderlich, dass bereits ein bedeutender Theil des Vermögens durchgebracht sei. Fruchtlose Besserungversuche, die erfahrungsgemäss in der Regel nur dazu führen, dass die Entmündigung erst in einer Zeit erfolgt, in welcher sie wenig mehr nützt, bilden gleichfalls keine Vorbedingung“ (Motive I S. 64).

Dagegen ist gegenüber einem anders lautenden, übrigens dem eben citirten widersprechenden Satze der Motive daran festzuhalten, dass Verschwendung ein positives Ausgeben bzw. Schuldenmachen involvirt, dass ein bloss unwirthschaftliches passives Verhalten, Müssiggang oder auch eine gelegentliches vom rein lucrativen Gesichtspunkte aus unzweckmässig erscheinendes unwirthschaftliches Verhalten nicht zum „Verschwender“ stempelt.

Die Wirkung der Entmündigung des Verschwenders ist dieselbe, wie die der Entmündigung wegen Trunksucht; nur dass die Möglichkeit fehlt, den Verschwender einer Heilanstalt zu überweisen.

Im Gegensatz zum I. u. II. Entwurf hält das B.G.B. (§ 2229) an der römischrechtlichen Bestimmung fest, dass der wegen Verschwendung Entmündigte auch die Fähigkeit zu letztwilligen Verfügungen verliert. Er bietet ebensowenig wie der wegen Trunksucht Entmündigte die nöthige Gewähr dafür, dass er von dem Rechte, ein Testament zu errichten, den angemessenen, dem Interesse der Familie entsprechenden Gebrauch machen werde. Auch für ihn setzt das Bürgerliche

Gesetzbuch fest, dass der Eintritt der Unfähigkeit zur Errichtung eines Testamentes sich nach dem Zeitpunkte bestimmt, in dem der Antrag auf Entmündigung gestellt ist, aus demselben Grunde, wie beim Trinker.[1])

Uebrigens erleidet der Grundsatz, dass der Entmündigte unfähig ist, ein Testament zu errichten, für alle Fälle der Entmündigung dann eine Ausnahme, wenn der Entmündigte nach der Stellung des Antrags auf Wiederaufhebung der Entmündigung ein Testament errichtet, falls dieser Antrag Erfolg hat (§ 2230). Denn durch den Erfolg des Antrags wird ja in unzweifelhafter Weise dargethan, dass der Mangel, der zur Entmündigung geführt hatte, zur Zeit der Errichtung des Testamentes gehoben war. Es ist daher eine Forderung der Billigkeit, dass die Entmündigung der Gültigkeit des Testamentes in diesem Falle nicht weiter entgegenstehe. Hat ferner ein Entmündigter ein Testament errichtet, bevor der Entmündigungsbeschluss unanfechtbar geworden war und ist er darauf noch vor Ablauf der Anfechtungsfrist gestorben, so fehlt es an einer rechtskräftigen Grundlage für die Annahme, dass er zur Zeit der Errichtung des Testamentes geschäftsunfähig gewesen. Deshalb soll auch in diesem Falle die Entmündigung der Gültigkeit des Testamentes nicht entgegenstehen (§ 2230 S. 1). Natürlich ist deshalb der Beweis, dass Testator gleichwohl *in concreto* wegen Geisteskrankheit, Geistesschwäche oder vorübergehender Bewusstseinstrübung geschäftsunfähig gewesen, nicht ausgeschlossen.

IV. Das Entmündigungs**verfahren** selbst gehört als processuales Institut nicht hierher. Es ist aber zu bemerken, dass der Reichstag seine Zustimmung zu den materiellen Voraussetzungen der Entmündigung nur in der Erwartung ertheilt hat, dass bessere Garantieen gegen eine ungerechte Entmündigung geschaffen werden, als die R.C.P.O. bislang bietet. Die Denkschrift veröffentlicht in Anl. II § 593—627 a bereits eine Reihe von Abänderungen. Ich halte auch die Garantieen dieser Novelle nicht für zulänglich. Einerseits zwar könnten, wie bereits oben angedeutet, die materiellen Voraussetzungen der Entmün-

[1]) Denkschrift S. 427.

digung sehr wohl noch ausgedehnt werden. Andererseits ist aber wohl zu bedenken, dass es sich bei der Entmündigung wenn auch nicht um eine Beschränkung der Rechtsfähigkeit, um eine *capitis deminutio* im älteren Sinne, so doch um eine derselben sehr nahe kommende Beseitigung des wichtigsten Rechtes der Persönlichkeit, der Handlungsfähigkeit, handelt. Der Rechtsschutz nun sollte im Verhältniss zum Werthe des bedrohten Rechtsgutes stehen. Zur Zeit — und auch nach den Bestimmungen der Denkschrift-Anlage wird dies so sein — stehen uns in Deutschland bessere Rechtsmittel zu Gebote, wenn es sich um eine geringfügige Geldforderung handelt, als wenn die persönliche Handlungsfähigkeit, mit anderen Worten die Persönlichkeit selber und ihre Freiheit in Frage gestellt wird. Bei den Römern entschied über die *querela inofficiosi testamenti* bloss deshalb, weil dies eine Klage war *hoc colore quasi non sanae mentis testator fuerit*, der angesehenste Civilgerichtshof, das Centumviralgericht, unter Umständen gar in Plenarsitzungen, also mit mehr als 100 Geschworenen. Der blosse Schatten einer unzurechnungsfähigen Handlungsweise sollte nicht ohne die denkbar grösste Rechtsgarantie auf den Namen eines Verstorbenen fallen. Bei uns ist der Lebende der Entmündigung auf Grund einer oberflächlichen *causae cognitio* durch den Einzelrichter ausgesetzt. Mag auch die Natur der Entmündigungsvoraussetzungen oft ein schnelles Eingreifen, wie es nur dem Einzelrichter möglich ist, wünschenswerth erscheinen lassen, so sollten sich dessen Befugnisse doch nur auf vorläufige Massregeln erstrecken; die Entmündigung selbst sollte in einem Staate, der ein Rechtsstaat in wahrem Sinne sein will, zum Mindesten nur durch Schwurgerichte unter vollkommenster Gewähr aller Vertheidigungsmittel ausgesprochen werden dürfen.

V. Zu erwähnen ist zu diesem § ad I. noch das sog. *dilucidum intervallum*, der sog. lichte Zwischenraum im Zustande der Geisteskrankheit. Nach römischem Rechte galt der Geisteskranke, welcher solche lichte Zwischenräume hatte, während derselben für handlungsfähig, auch wenn er entmündigt war und einen Curator hatte. Dernburg, Pand, § 56. 4 folgert daraus, dass auch Geisteskranke, die partiell krank, aber von ihrer fixen Idee ab-

gesehen bei Vernunft sind, insoweit handlungsfähig seien, „als ihre Vernunft reicht, auch wenn sie unter Vormundschaft stehen". Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch aber findet eine Berücksichtigung lichter Zwischenräume bei dem entmündigten Geisteskranken nicht mehr statt. Beim nicht entmündigten bleibt es eine concrete *quaestio facti*, ob Nichtigkeit einer Willenserklärung nach § 105, 2 vorliegt oder nicht.

§ 6.

Körperliche Gebrechen.

Körperlichen Gebrechen räumt das Pandektenrecht einen erheblichen Einfluss weder auf die privatrechtliche Rechtsfähigkeit noch auch auf die Handlungsfähigkeit ein. Zweckmässig unterscheidet es freilich eine bloss vorübergehende Schwäche oder Krankheit (*morbus*) und dauernde nicht mehr zu beseitigende Gebrechen (*vitium*) (*l.* 101 *D. de V.* S. 50, 16). Letztere können der Natur der Sache zu gewissen Rechtsgeschäften unfähig machen; ein Stummer kann nicht mündlich testiren, ein Castrat keine Ehe schliessen. Endlich sind *debiles personae* von der Pflicht zur Uebernahme von Vormundschaften frei und können beantragen, *quia in ea causa sunt, ut superesse rebus suis non possint,* [1]) dass ihnen ein Curator bestellt werde. Diese *cura debilium* hatte den Character einer blossen Procuratur und schloss keineswegs ein Subordinationsverhältniss der Curanden ein; [2]) dem Tauben steht, ebenso wie dem Stummen zunächst frei, sich selber einen Procurator zu wählen. Wenn er dies aber nicht kann, wenn ihm das Verständniss hierfür abgeht, so bestellt die Obrigkeit einen Curator. Dem Blinden ist diese Vergünstigung nicht zugestanden, weil er sich selbst einen Procurator bestellen könne (Paul. Sentent. IV 12 § 9).

Eigentliche Beschränkungen der Rechtsfähigkeit des Gebrechlichen (besonders im Lehnrecht) und der Handlungsfähigkeit (z. B. Testirunfähigkeit im Siechthum) kannte das deutsche

[1]) § 4 *J. de curationibus* I. 23.

[2]) Vgl. Adamkiewicz, der Rechtsbegriff des Curatel. Berlin (Carl Heymanns Verlag 1892) S. 37.

Privatrecht.[1]) Das Bürgerliche Gesetzbuch unterscheidet ebenfalls nach dem Vorgange des Pandektenrechts Krankheit (*morbus*) und dauernde Gebrechen. Wie im römischen Recht, kann die Uebernahme einer Vormundschaft ablehnen, wer durch Krankheit oder durch Gebrechen verhindert ist, die Vormundschaft ordnungsgemäss zu führen (§ 1786). Auch kann ein Volljähriger, der nicht unter Vormundschaft steht, einen Pfleger für seine Person und sein Vermögen erhalten, wenn er in Folge körperlicher Gebrechen, insbesondere, weil er taub, blind[2]) oder stumm ist, seine Angelegenheiten nicht zu besorgen mag. Abgesehen von dieser allgemeinen, die Person und das Vermögen umfassenden Pflegschaft kann auch einem solchen Volljährigen, der nicht unter Vormundschaft steht, der aber in Folge geistiger oder körperlicher Gebrechen einzelne seiner Angelegenheiten oder einen bestimmten Kreis seiner Angelegenheiten nicht zu besorgen vermag, ein specieller Pfleger für diese Angelegenheiten bestellt werden. Eine solche Pflegschaft (allgemeine oder specielle) darf nur mit Einwilligung des Gebrechlichen angeordnet werden, es sei denn, dass eine Verständigung mit ihm nicht möglich ist (§ 1910). Die Unfähigkeit der Castraten zur Eheschliessung ist schon durch das Reichsges. vom 6. Februar 1875 § 30 (§ 28—37) beseitigt worden und im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht wieder eingeführt.

§ 7.

Geschlechtsunterschied.

Der Geschlechtsunterschied[3]) hatte an und für sich für das Privatrecht schon in der Justinianeischen Codification nur noch eine sehr unerhebliche Bedeutung. Die theilweise Beschränkung

[1]) Vgl. Gierke, Deutsches Privatrecht I S. 390 f.

[2]) Hierin liegt also eine Ausdehnung im Verhältniss zum römischen Recht.

[3]) Eine völlige Unentschiedenheit des Geschlechtes (Zwitterbildung, Hermaphroditismus) erkannte schon das Pandektenrecht (*l.* 10 *D. de statu hom.* 1, 5 *l.* 15 § 1 *D. de testibus* [22, 5] *l.* 6 § 2 *D. de lib. post.* 28, 2) nicht an. Die Ungewissheit ist durch sachverständige Feststellung zu beseitigen. Auf demselben Standpunkte steht das B.G.B. (Motive I S. 26).

der Rechtsfähigkeit des weiblichen Geschlechts, seine Zurücksetzung im Erbrecht, endlich die übrigens schon von Cicero als leere Formalität bezeichnete *tutela mulierum* war beseitigt. Nur zur Vormundschaft wurde das Weib nicht zugelassen mit Ausnahme der Mutter und Grossmutter für ihre Kinder bzw. Enkel; daneben ergab sich begrifflich die Unfähigkeit zur *patria potestas* als selbstverständlich. Endlich bestanden die aus wohlwollender Berücksichtigung der weiblichen Schwäche zu rechtfertigenden Verbote der sog. Intercession d. h. des Eintritts in die Schulden Dritter, um diesen Credit zu verschaffen (*S. C. Vellejanum*). Daneben bestand noch die historisch durch den Mangel politischer Rechte zu erklärende Unfähigkeit der Weiber, als Solennitätszeuginnen bei Testamenten mitzuwirken. Hiervon abgesehen hatte das römische Recht im Princip die Gleichberechtigung beider Geschlechter in privatrechtlicher Hinsicht anerkannt. Daher l. 1 D. de V. S. (50, 16): *hoc verbum, si quis, tam masculos quam feminas complectitur.* Das römische Recht bekundete dadurch seinen hohen Culturgrad und zwar im Abschluss seiner Entwicklung umsomehr, als es auch die mittelbare Beschränkung der privaten Rechtsfähigkeit des Weibes, die sich aus dem antiken Familienrecht, besonders aus der Manus-Ehe ergab, durch die freie Ehe vollständig beseitigt hatte.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat nun auch die wenigen allgemeinen Beschränkungen der privatrechtlichen Rechtsfähigkeit der Weiber, die das Justinianeische Recht noch kannte, beseitigt. Die schon partikularrechtlich fast überall, auch bereits reichsrechtlich für die Handelsfrau, beseitigten Intercessionsverbote sind nicht von ihm aufgenommen, auch kann das Weib als Zeugin beim Testament wie bei anderen Solennitätsakten (Eheschliessung) fungiren; ausserdem hat das Bürgerliche Gesetzbuch, indem es an Stelle der väterlichen Gewalt den weiteren Begriff einer elterlichen Gewalt einführt und diese unter gewissen Voraussetzungen der Mutter zuspricht (§§ 1684—1698), die familienrechtliche Rechtssphäre des Weibes erweitert. Dagegen lässt sich die indirecte, durch die Ehe, besonders durch das eheliche Güterrecht bedingte Rechtstellung der Frau im Bürgerlichen Gesetzbuch vom Stand-

punkte der auf eine vollkommene privatrechtliche Freiheit und Unabhängigkeit der Frau gerichteten Bestrebungen aus nur als ein Rückschritt gegen das römische Recht bezeichnen. Die nähere Darstellung und Kritik dieser indirekten Unterordnung der Frau gehört aber in das Familienrecht, ebenso wie die auch nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch noch sehr beschränkte Theilnahme der Frau an der elterlichen Gewalt und ihre Beschränkung im Vormundschaftsrecht bei Behandlung dieser besonderen Rechtsinstitute ihre nähere Darstellung finden müssen.

§ 8.

Einfluss des religiösen Bekenntnisses, des Standes und der Staatsangehörigkeit.

I. Nicht aus dem rein weltlichen Geiste des eigentlichen Pandektenrechtes, sondern aus dem kirchlichen der christlichen römischen Kaiser entsprangen eine Reihe von erheblichen privatrechtlichen Beschränkungen der Ketzer, Apostaten und Paganen (*Cod.* 1, 5 *de haereticis et Manichaeis l.* 7 *de apostatis l.* 11. *de paganis*). Das christliche Mittelalter recipirte und verschärfte sogar (im kanonischen Recht und durch Kaisergesetze) vielfach diese *privilegia odiosa* der nicht rechtgläubigen Personen (*Authentica Credentes Frid. II. C. de haeret. l.* 5).[1])

Durch die Reformation wurde nur erst die Gleichberechtigung der christlichen Religionsparteien erkämpft und zwar für die Reichstände; die Unterthanen blieben dem landesherrlichen Religionsbanne (*ius reformandi*) unterworfen, der jedoch den Besitzstand des sog. Normaljahres 1624 zu respectiren hatte (*Instr. Pacis Osnabrugensis Art.* 5—7); duldete der Landesherr, der darnach das Recht hatte nicht durch diesen Besitzstand gesicherte Andersgläubige des Landes zu verweisen,[2]) Anhänger anderer christlicher Bekenntnisse in seinem Lande, so musste er ihnen neben Gewissensfreiheit mit Hausandacht den Genuss des Privatrechtes (vor allem Erbrechts),

[1]) Vgl. Hinschius. Kirchenrecht V 393 ff.

[2]) Auswanderung ohne Vermögensverkürzung (sog. *flebile beneficium emigrationis*).

der Theilnahme an Kaufmannsgilden und Zünften, der Rechte aus Stiftungen und des ehrlichen Begräbnisses gewähren (J.P.O. Art. V. § 35).[1])

Nachdem der Geist der Aufklärung im 18. Jahrhundert bereits particularrechtlich die Unerheblichkeit des Bekenntnisses für das Privatrecht, vielfach auch schon für politische Rechte sanctionirt hatte (Pr.A.L. R. II 11 § 1—8, Toleranzedikt Josephs II. v. 1781), verfügte die Deutsche Bundakte vom 8. Juni 1815 Art. 16, die dann von den noch in dieser Hinsicht rückständigen Landesgesetzgebungen zur Ausführung gebracht ward, zunächst nur, dass die Verschiedenheit der christlichen Religionsbekenntnisse keinen Unterschied im Genuss der bürgerlichen und politischen Rechte begründen dürfe. Auf nichtchristliche Religionsbekenntnisse wurde diese Bestimmung erst in späteren Landesverfassungen ausgedehnt (z. B. Preuss. V.U. Art. 12).

Erst das Reichsgesetz vom 5. Juli 1869 betr. Gleichberechtigung der Confessionen u. s. w. hat diesen Grundsatz zu zwingendem gemeinen Recht erhoben. Das Bürgerliche Gesetzbuch ist davon nicht abgewichen, hat vielmehr durch Einführung eines rein bürgerlichen materiellen Eherechtes, — das Reichsgesetz vom 6. Februar 1876 hatte nur theilweise (z. B. § 39 Beseitigung des Ehehindernisses der Religionsverschiedenheit) in das materielle Eherecht eingegriffen, — ihn erst zur vollen Ausführung gefördert.

Das Religionsbekenntniss hat nunmehr nur noch insofern einige Bedeutung, als bei der Auswahl eines Vormundes auf das religiöse Bekenntniss des Mündels Rücksicht zu nehmen ist (§ 1779). Ausserdem kann die Sorge für die religiöse Erziehung des Mündels dem Vormunde von dem Vormundschaftsgerichte entzogen werden, wenn der Vormund nicht dem Bekenntniss angehört, in dem der Mündel zu erziehen ist (§ 1801).

Im übrigen bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über die religiöse Erziehung der Kinder unberührt (Art. 134 des Einf.Ges.). Daher ist auch durch die Bestimmungen des

[1]) Doch blieben Beschränkungen im Erwerb von Grundeigenthum zulässig. Stobbe, Privatrecht § 45, n. 3.

Bürgerlichen Gesetzbuches über Handlungsfähigkeit und Geschäftsfähigkeit hinsichtlich des Alters, in dem die freie Wahl des Glaubensbekenntnisses möglich wird, des sog. *annus discretionis*, nichts geändert. Dies ergibt sich schon daraus, dass diese freie Wahl des Religionsbekenntnisses nicht dem Privatrecht, sondern dem Kirchenrecht oder allgemein dem öffentlichen Rechte unterzuordnen ist. [1])

II. Der Einfluss des Standes auf das Privatrecht beschränkte sich im römischen Recht abgesehen von den nicht recipirten Bestimmungen über Patriciat, Senatoren, *personae illustres* auf Privilegien des Soldatenstandes, besonders im Erbrecht (Militärtestament). Durchgreifender wurde der Einfluss des Standes im deutschen Privatrecht. Dieses unterscheidet Berufs- und Geburtsstände. Von den Geburtsständen des deutschen Privatrechtes, die als hoher Adel, niederer Adel, Bürgerstand und Bauernstand aus dem Mittelalter hervorgingen, hat allein der hohe Adel seine privatrechtliche Sonderstellung behauptet, auch gegenüber dem Bürgerlichen Gesetzbuch, vgl. oben § 3 (S. 13 ff.) Im übrigen kommt nunmehr nur noch die Verschiedenheit der Berufsstände in Betracht. Hinsichtlich des Militärstandes hat das Bürgerliche Gesetzbuch in §§ 9 (Wohnsitz), 15 (Kriegsverschollenheit), 411 (Abtretung von Gehaltsansprüchen), 570, 596 (Kündigungsrecht bei Miethe und Pacht im Fall einer Versetzung), 1315 (dienstliche Erlaubniss zur Eheschliessung) eine Reihe von Sonderbestimmungen. Neben denselben sind die reichsrechtlichen Vorschriften, namentlich das Reichsmilitärgesetz vom 2. Mai 1874 in Kraft geblieben. (Vgl. v. Mandri, Reichscivilrecht S. 80 ff.); Art. 32 des Einf.Ges. (Art. 54, Art. 45 daselbst).) Auch der

[1]) Früher nahm man vielfach an, dass gemeinrechtlich auf Grund des *conclusum* des *Corp. Evangelicorum* vom 14. April 1752 das 14. Lebensjahr als *annus discretionis* zu gelten habe. Vgl. aber Richter-Dore, Kirchenrecht 1016, 1017. Jedenfalls tritt nach Pr. A.L.R. II 2 § 84 und anderen Particulargesetzen, z. B. hannov. Verordnung vom 1. Juli 1826 § 7 mit dem vollendeten 14. Lebensjahre das Recht der freien Religionswahl ein, entsprechend der in diesem Jahre üblichen Confirmation. Einzelne Landesgesetze forden jedoch das 16. Lebensjahr. Ueber die religiöse Erziehung bei gemischten Ehen vgl. Zeitschrift für Kirchenrecht XXI S. 170 ff.

Beamtenstand ist einmal in den bereits für den Militärstand als erheblich citirten §§ 411, 570, 596, 1315, sodann noch in §§ 839, 840 (wegen Verletzung der Amtspflicht) 1784, 1888 (Erlaubniss zur Uebernahme einer Vormundschaft) besonders berücksichtigt. Die landesgesetzlichen Vorschriften über die vermögensrechtlichen Ansprüche und Verbindlichkeiten der Beamten, der Geistlichen und der Lehrer an öffentlichen Unterrichtsanstalten aus dem Amts- oder Dienstverhältnisse mit Einschluss der Ansprüche der Hinterbliebenen, sowie über die Uebertragbarkeit solcher Ansprüche und über die Aufrechnung gegen solche Ansprüche bleiben nach Artt. 80, 81 des Einf.Ges. unberührt. Unberührt ist ferner das Reichsgesetz betr. die Rechtsverhältnisse der Reichsbeamten vom 31. März 1873 mit Ausnahme des aufgehobenen und durch § 411 B.G.B. ersetzten § 6 Abs. 2 dieses Gesetzes (betr. lediglich Benachrichtigung der Kasse bei Cession, Verpfändung oder sonstiger Uebertragung des Gehaltes).

Die vielfachen, den Kaufmanns-, Gewerbe- und Bauernstand nach betreffenden Specialnormen gehören nicht hierher, sondern in die Specialrechte, (Handelsrecht, Gewerberecht, Agrarrecht u. s. w.). Hervorzuheben ist nur, dass nach Art. 64 die landesgesetzlichen Vorschriften über das Anerbenrecht in Ansehung landwirthschaftlicher und forstwirthschaftlicher Grundstücke nebst deren Zubehör unberührt bleiben; doch können die Landesgesetze das Recht des Erblassers, über das dem Anerben unterliegende Grundstück von Todeswegen zu verfügen, nicht beschränken.

III. Das Pandektenrecht, als wahres *jus gentium*, hatte den Grundsatz der privatrechtlichen Gleichstellung Staatsangehöriger und Staatsfremder. Doch wurde dieser gemeinrechtliche Grundsatz particularrechtlich in einzelnen Beziehungen durchbrochen. Zwar die älteren im deutschen Privatrechte vorkommenden Abnormitäten des *droit d'aubaine*, des Strandrechtes und Wildfangsrechtes (vgl. Gierke, Deutsches Privatrecht S. 447 n. 19—21) sind längst allgemein beseitigt, es bestehen aber noch hier und da, z. B. in Hamburg, landesgesetzliche Vorschriften, die den Erwerb von Grundstücken durch Ausländer von staat-

licher Genehmigung abhängig machen. Diese bleiben nach Art. 88 des Einf.Ges. unberührt. Selbstverständlich gelten als Ausländer nunmehr nur Nicht-Reichsangehörige. Nach § 1315 Abs. 2 B.G. B. dürfen Ausländer, für die nach den Landesgesetzen zur Eingehung einer Ehe eine besondere Erlaubniss oder ein Zeugniss erforderlich ist, nicht ohne diese Erlaubniss oder ohne dieses Zeugniss eine Ehe eingehen. Ein solches Landesgesetz ist das preuss. Gesetz vom 13. März 1854 betreffend die Zulassung von Ausländern zur Eingehung einer Ehe in den königl. Landen. Unberührt bleibt hiernach auch das Bayrische Reservatrecht aus dem Schlussprotokolle zu III § 1 Abs. 1 des Bündnissvertrages vom 23. November 1870 betr. Verehelichungszeugnisse. Das in § 1315 bestätigte landesgesetzliche Erforderniss begründet ein *impedimentum prohibens*, ein aufschiebendes Ehehinderniss.

Endlich können Ausländer, wie sich *per arg. a contrario* aus § 1785 B.G.B. ergiebt, die Uebernahme einer Vormundschaft ablehnen.

Im übrigen ist wegen der Rechtstellung der Ausländer auf das internationale Privatrecht (§ 7 S. 46—66 oben) zu verweisen. Dorthin gehört auch das Recht der Retorsion (Wiedervergeltung, Vergeltung, Gegenkehrung), vermöge dessen Ausländer den gleichen Rechtsnachtheilen unterworfen werden, die nach dem Rechte ihres Heimathstaates unsere Staatsangehörige als Fremde treffen. Einf.Ges. Art. 30 bindet die Ausübung dieses Rechtes an besondere unter Zustimmung des Bundesrathes zu erlassende Anordnungen des Reichskanzlers.[1])

§ 9.

Wohnsitz.[2])

Die Bedeutung der räumlichen Beziehung (Localisation) einer physischen Person ist bereits oben I. § 7, S. 46 bei Be-

[1]) Anders bisher in Preussen, Dernburg, Pr. Privatrecht I § 45 Anm. 5.

[2]) Literatur: Bar, Theorie und Praxis des internationalen Rechts Bd. 1 S. 151; Kierulff, Theorie des gem. Civilrechts I 122 ff; Savigny, System VIII 68 ff.; Regelsberger, Pand. I § 47; Dernburg, Pand. I § 46.

handlung der extensiven Geltung der Rechtsnormen hervorgetreten. Ausserdem ist das Verhältniss der Person zum Raume in vielen sonstigen öffentlich-rechtlichen, sowie besonders in civilprocessualen und auch in rein civilrechtlichen Beziehungen von Einfluss. Das römische Recht unterschied *origo* und *domicilium*; ersteres war ein Recht und zwar das umfangreiche öffentliche Rechten und Pflichten mit sich führende Bürgerrecht, das hier als Recht zum Wohnen zu unterscheiden ist von letzterem, als der blossen Thatsache des Wohnsitzes.[1]) Aber auch das zunächst rein thatsächliche *domicilium* hatte bereits bei den Römern zahlreiche rechtliche Folgen, weshalb seine Begriffsbestimmung im Gegensatz zu blosser Anwesenheit nothwendig wurde. Eine fast poetisch gefasste Legaldefinition giebt *Diocletian l.* 7 § 1 *C. de incolis* 10, 4.[2]) Die gemeinrechtliche Wissenschaft pflegt den Wohnsitz als Mittelpunkt der Lebensverhältnisse eines Menschen zu bezeichnen. Es ist aber nicht in Abrede zu stellen, dass diese Definition allein praktisch sehr geringen Werth hat; denn *in concreto* kommt es immer erst darauf an, festzustellen, ob wir Juristen einen bestimmten Ort als den Mittelpunkt der Lebensverhältnisse gelten lassen wollen, da meistentheils der Einzelne sich keineswegs einer solchen örtlichen Beziehung bewusst wird und seine einfache Behauptung nicht genügen kann. Schwierigkeiten bereitet diese Feststellung freilich nur für den freiwilligen Wohnsitz. Ein wichtiges Kriterium für diesen bildet zunächst subjectiv der Wille des regelmässigen Verweilens an einem Orte, wie er von Dicoletian ganz zutreffend characterisirt wird, dahin dass die Person eine Unterbrechung dieses Aufenthaltes als Ausnahmezustand empfindet (Verreisen). Es genügt jedoch nicht die blosse formelle Erklärung dieses Willens, *domicilium re et facto transfertur, non nuda contestatione* (Paulus, *l.* 20 *D.* 50, 1), der Wille muss durch entsprechende Handlungen, vor allem Beziehen einer Wohnung (*domicilium a domo*) dokumen-

[1]) *Titulus Dig.* 50, 1 *ad Municipalem et de incolis.*

[2]) *Et in eodem loco singulos habere domicilium non ambigitur, ubi quis larem rerumque ac fortunarum suarum summam constituit, unde rursus non sit discessurus, si nihil avocet, unde cum profectus est, peregrinari videtur, quosi rediit peregrinari jam destitit.*

tirt sein, und zwar nicht bloss einer für einen von vornherein vorübergehend erscheinenden Wohnungszweck (z. B. Saisonwohnung). Ist eine derartige häusliche Niederlassung begründet, so heben häufige Unterbrechungen, die rein zeitlich selbst die Ausnahme des Verreistseins zur Regel machen, z. B. beim Geschäftsreisenden, das Domicil nicht auf.[1]) Im Gegensatz zu der wissenschaftlichen Definition, die das Domicil als örtlichen Mittelpunkt der Lebensthätigkeit bezeichnet, da es doch nur einen Mittelpunkt geben kann, hielt schon Paulus (*l.* 5 *D.* 50, 1) in ausdrücklichem Widerspruch gegen Labeo mehrere gleichzeitige Wohnsitze für zulässig.[2])

Auch die moderne gemeinrechtliche Theorie und Praxis erkennt dies an (v. Bar, a. a. O. I 160 ff.) im Gegensatz zum französischen Recht.

Ein Wohnrecht ist zur Begründung des Wohnsitzes nicht erforderlich.[3])

Ein nothwendiges Domicil haben nach römischem Rechte Beamte an ihrem Amtssitze, Ehefrauen am Orte des Domicils ihres Ehemannes.

Das Bürgerliche Gesetzbuch definirt Wohnsitz als den Ort der ständigen (dauernden) Niederlassung einer Person (§ 7), auch erkennt es die Möglichkeit gleichzeitigen Wohnsitzes an mehreren Orten an (§ 7 Abs. 2). In den Motiven (I 71), heisst es darüber: „Dass Jemand einen mehrfachen Wohnsitz hat, kommt der Natur der Sache nach nur selten vor. Wo das Verhältniss vorzuliegen scheint, wird des Oefteren eine genaue Prüfung ergeben, dass der Wohnsitz in Wahrheit nur an einem Orte begründet ist. Der Ansicht, dass ein mehrfacher Wohnsitz begrifflich unmöglich sei, lässt sich nicht beipflichten. Eine Person kann sehr wohl den Aufenthalt zwischen mehreren Orten dergestalt theilen, dass jeder derselben in gleichem

[1]) Vgl. folgende gerichtliche Entscheidungen: Seuffert, VII. Nr. 242, XIV Nr. 65, XX Nr. 183, XL Nr. 7. R.O.H.G. XIII 363. R.G. XV Nr. 95, XXX S. 384.

[2]) *Labeo iudicat eum, qui pluribus locis ex aequo negotietur, nusquam domicilium habere: quosdam autem dicere refert pluribus eum incolam esse aut domicilium habere: quod verius est.*

[3]) R.G. VIII Nr. 37.

Masse als Hauptsitz ihrer Verhältnisse und Thätigkeit erscheint, keiner den anderen ausschliesst, weder der eine, noch der andere nur als Mittelpunkt eines abgesonderten Kreises des wirthschaftlichen Lebens sich betrachten lässt."

Wie zur Begründung, so fordert das Bürgerliche Gesetzbuch auch zur Aufhebung des Wohnsitzes, dass die Gestaltung des thatsächlichen Verhältnisses zum Raume mit dem Willen zusammentreffe (§ 7, 3).

Begründung und Aufhebung des Wohnsitzes ist zwar keine rechtsgeschäftliche Willenserklärung, wohl aber eine Rechtshandlung, eine Handlung mit rechtlichen Folgen. An sich würde sie daher die sog. Geschäftsfähigkeit, d. h. der Fähigkeit zur Vornahme von Rechtsgeschäften nicht voraussetzen. Das Bürgerliche Gesetzbuch ordnet aber im § 8 ausdrücklich an, dass volle Geschäftsfähigkeit zur Begründung oder Aufhebung des Wohnsitzes erforderlich ist. Für Minderjährige und Entmündigte bestimmt also der Wille des gesetzlichen Vertreters in Verbindung mit einer dementsprechenden (*re et facto*) Niederlassung des Mündels oder Pfleglings dessen Wohnsitz; in der Regel wird der gesetzliche Vertreter es beim alten lassen; Unterbringung in eine Heilanstalt in der Hoffnung eines Heilungsversuchs, auch wenn sie sich über Jahre hinaus erstreckt, ändert an sich den Wohnsitz nicht; anders liegt der Fall, wenn etwa ein für unheilbar erklärter Geisteskranker einer Anstalt in der Absicht, hier ein definitives Asyl für ihn zu schaffen, überwiesen wird.

Einen nothwendigen (gesetzlichen) Wohnsitz haben nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche: 1. Militärpersonen d. h. Linienoffiziere, Linienunteroffiziere, Militärärzte und sonstige Militärbeamte an ihren Garnisonorten.

Als Wohnsitz einer Militärperson, deren Truppentheil im Inlande keine Garnison hat, gilt der letzte inländische Garnisonort des Truppentheils (§ 9). Militärpersonen, die nur zur Erfüllung der Wehrpflicht dienen, also die nicht-freiwilligen Gemeinen, Einjährig-Freiwilligen, die Reserveoffiziere und Reserveunteroffiziere, Reserveärzte behalten ihren durch ihr Civilverhältniss begründeten Wohnsitz; auch andere Militärpersonen erlangen, so lange sie noch minderjährig sind, nicht

den gesetzlichen Wohnsitz des Garnisonortes, sondern behalten den vor ihrem Diensteintritt begründeten Wohnsitz. [1])

2. Ehefrauen theilen den Wohnsitz des Ehemannes, es sei denn, dass der Mann seinen Wohnsitz im Auslande an einem Orte begründet, an den die Frau ihm nicht folgt und zu folgen nicht verpflichtet ist (§ 10). [2])

3. Eheliche Kinder theilen den Wohnsitz des Vaters, uneheliche den Wohnsitz der Mutter, legitimirte und Adoptivkinder den des Legitimirenden bzw. Adoptirenden, letztere jedoch nur sofern die Legitimation bzw. Adoption vor dem Eintritte der Volljährigkeit erfolgt. Die Kinder behalten diesen Wohnsitz auch nach Eintritt der Volljährigkeit, bis sie ihn rechtsgültig aufheben. (Abgeleiteter Wohnsitz.)

Einen nothwendigen Wohnsitz des Strafgefangenen, der im gemeinen Rechte von Einigen behauptet, von anderen verneint wurde (v. Bar, a. a. O. I 155, n. 15), kennt das Bürgerliche Gesetzbuch nicht, ebenso wenig einen nothwendigen Wohnsitz der Civilbeamten und Geistlichen; in der Regel werden letztere aber nach den allgemeinen Grundsätzen ihren freiwilligen Wohnsitz am Dienstorte haben.

Wie im Pandektenrecht (*l.* 27 § 2 *D.* 50, 1),[3]) so ist auch im Bürgerlichen Gesetzbuche die Möglichkeit anerkannt, dass Jemand keinen Wohnsitz hat (§ 10 Abs. 2). Wenn ein Ehemann keinen Wohnsitz hat, kann die Ehefrau einen selbständigen Wohnsitz haben.

Entsprechend der *origo* des römischen Rechtes kennt natürlich auch das heutige Recht ein Wohnrecht oder Heimathsrecht, das sich aus dem Bürgerrechte ergiebt; neben diesem Heimathsrecht existirt aber für ganz Deutschland (mit Ausnahme von Bayern und Elsass-Lothringen) der sog. Unterstützungswohnsitz, geregelt durch das Reichsgesetz vom 6. Juni 1870 nebst Novelle vom 12. März 1894, der mehr dem öffentlichen Rechte, als dem Privatrechte angehört. Er ent-

[1]) So schon unter Aufhebung der preussischen Kabinetsordre vom 2. November 1833 das Reichsmilitärgesetz vom 2. Mai 1874.

[2]) Vgl. §§ 1353, 1354 B.G.B.

[3]) Ulpian: *difficile est sine domicilio esse quemquam: puto et hoc procedere posse, si quis domicilio relicto naviget vel iter faciat.*

steht durch zweijährigen ununterbrochenen Aufenthalt seit Vollendung des 18. Lebensjahres und giebt einen Unterstützungsanspruch gegen den Ortsarmenverband im Verarmungsfalle.

§ 10.

Privatrechtliche Bedeutung der Ehre.

Die Ehre ist kein primär juristischer Begriff, sondern ein sittlich sozialer,[1]) ein Begriff des Lebens, den das Recht nicht schafft, sondern anerkennen muss. Sie ist eine Qualität, die mit der Person aufs engste zusammenhängt. Als solche ist sie zunächst subjectiv die Ueberzeugung, nichts mit dem Zwecke, der Idee der Persönlichkeit unvereinbares gethan zu haben, ein Urtheil der Selbstkritik über den Werth der eigenen Persönlichkeit. Objectiv wird die Ehre, sofern dieses eigene Urtheil vom fremden, vom Urtheil der Gesellschaft und des Staates anerkannt wird, der gute Name, sofern er dem inneren Werthe entspricht, das Werthbewusstsein, das sich aus dem Bewusstsein der Uebrigen reflectirt, „der rechtlich anerkannte Verkehrskurs eines Menschen.“ [2]) Dieser soziale und schliesslich auch rechtlich anzuerkennende Werth setzt sich aus zwei verschiedenen Bestandtheilen zusammen, aus einem angeborenen, der allgemeinen Menschenehre und dem hinzutretenden specifisch angeborenen persönlichem Werthe, und einem erworbenen. Erworben wird Ehre, Sozialwerth, durch Pflichterfüllung und darüber hinausgehende spontane Förderung des Ganzen. Da der Mensch dem Ganzen in der Regel innerhalb eines besonderen Berufes und Standes dient, so ergiebt sich neben der allgemeinen Menschenehre, sodann neben der bürgerlichen Ehre eine grosse Variation der verschiedenen Ehrbegriffe nach Stand und Beruf als berechtigt und nothwendig, Offiziersehre, Beamtenehre, kaufmännische Ehre, Gelehrtenehre u. s. w.

Die juristische Bedeutung der Ehre ist eine relativ untergeordnete; sie besteht 1. in der Frage nach ihrer Verletzbarkeit und der Möglichkeit eines juristischen Schutzes;

[1]) Gierke, Privatrecht I § 52.

[2]) Vgl. Binding, die Ehre und ihre Verletzbarkeit, Leipzig 1892.

2. darin, dass sie durch Richterspruch wegen ehrlosen Verhaltens entzogen werden kann, 3. darin, dass sie Voraussetzung für Erwerb und Fortbestand bestimmter Rechte bildet, die einen intakten Träger verlangen.

1) Im römischen Rechte war der Rechtsschutz der Ehre gegen Verletzungen vorwiegend ein privatrechtlicher, *actio injuriarum aestimatoria.* Injurie ist jede Aeusserung einer die Person herabsetzenden Gesinnung. Heutzutage ist der Rechtsschutz aus dem Privatrecht in das öffentliche, das Strafrecht überwiesen, wenngleich auch hier eventuell mit der Privatklage verfolgbar, also im Grenzgebiete des öffentlichen und privaten Rechtes befindlich. Daneben ist natürlich die Ehrennothwehr zulässig (§ 53, § 199 St.G.B.). Die Unzulänglichkeit eines juristischen Schutzes der Ehre beweist die immer noch geübte Sitte des Zweikampfes, der kein „Mysterium", wie Binding a. a. O. S. 7 meint, sondern eine sehr begreifliche, gesellschaftlich sanktionirte Form der Selbsthilfe des nur bis zu einem gewissen Punkte vom Staate erfolgreich einzudämmenden Urrechtes jeder energischen, von subjectivem Ehrgefühl erfüllten Persönlichkeit ist.

2) Hinsichtlich Entziehung der Ehre unterschieden die Römer zunächst völlige und theilweise Entziehung, Ehrverlust und Ehrenminderung, *consumtio* oder *deminutio existimationis.* Erstere trat ein mit der *capitis deminutio maxima* (*l.* 5 § 1 *D.* 50, 13). Die Ehrenminderung zerfiel wieder in zwei Arten, nämlich in Infamie und *turpitudo* (Anrüchigkeit) oder auch nach neuerer Terminologie in *infamia juris* und *infamia facti.* Erstere war eine rechtlich bestimmte, letztere eine rein gesellschaftliche Infamie. Die *infamia juris* zerfiel wieder in eine *infamia juris immediata* und *mediata.* Die *infamia juris immediata* trat *ipso jure* ein mit der Vornahme gewisser Handlungen, der Ausübung gewisser Gewerbe: Kuppler, Witwen, die das Trauerjahr verletzten, Bigamisten, Thierkämpfer, fahrende Künstler waren *eo ipso infam.* Die *infamia juris mediata* dagegen trat erst in Folge eines obrigkeitlichen Ausspruchs [1]) ein, 1. bei Verurtheilung in *judicio publico* wegen

[1]) Vgl. Karlowa in Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 9 S. 220 ff.

eines Verbrechens, 2. bei Verurtheilung in *judicio privato* auf Grund einer delictischen *actio famosa*, nämlich der *actio furti injuriarum, de dolo*, 3. bei Verurtheilung aus gewissen Contractsklagen wegen schnöder Verletzung des Vertrauens, *actio tutelae, mandati, pro socio, fiduciae, depositi.*

Uebrigens kannte das römische Recht für solche Fälle eine *restitutio famae* von Seiten des Kaisers. Die Wirkungen der *infamia juris*, die der Jurist Tertullian als halbe *capitis deminutio* bezeichnet, lagen grossentheils auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes (Unfähigkeit zur Bekleidung von Ehrenämtern, Verlust des Wahlrechtes), privatrechtliche Wirkungen waren: Verbot der Ehe mit *personae nobiles*, Ausschluss von der gerichtlichen Stellvertretung.

3) Die *infamia facti* d. h. die auf schimpflichem Lebenswandel beruhende sociale Missachtung, auf Grund thatsächlicher individueller Momente vom Richter zu constatiren, hatte zur Folge, dass die mit ihr behafteten „*personae turpes*", „*personae levis notae maculae*", nicht zu Vormündern bestellt werden sollten, als Zeugen nicht volle Glaubwürdigkeit genossen, und dass bei der *querela inofficiosi testamenti* ihre Erbeinsetzung einen Anfechtungsgrund bildete.

Wie das römische, so unterschied auch das deutsche Recht Ehrverlust und Ehrenminderung. Der völligen *capitis deminutio* entsprach die Echtlosigkeit, der *infamia juris* die Rechtlosigkeit, die wiederum zerfiel in solche kraft Urtheils, kraft Berufsmakels und kraft Geburtsmakels (vgl. Gierke, D. Privatrecht I, § 52). Der *turpitudo* entsprach die Ehrlosigkeit, Bescholtenheit. Zweifellos ist, dass die römische Lehre später recipirt ist, wenn auch mit gewissen deutschrechtlichen Modificationen, insbesondere ohne Aufnahme der *infamia juris mediata* als Folge von Contractsklagen.

Völlig beseitigt ist das Institut der römisch-rechtlichen *infamia juris* durch die Neuregelung des Ehrverlustes im Reichsstrafgesetzbuch §§ 32–37 (vgl. v. Mandri, der civilrechtl. Inhalt der Reichsgesetze § 8). Dagegen blieb die *infamia facti* durch diese reichsgesetzliche Regelung unberührt. Wegen der öffentlich-rechtlichen Wirkung der Aberkennung des bürgerlichen Ehrenrechte siehe §§ 33, 34 R.St.G.B. (Verlust der aus

öffentlichen Wahlen hervorgegangenen Rechte, dauernder Verlust öffentlicher Aemter, Würden, Titel, Orden, Ehrenzeichen, Unfähigkeit, die Landeskokarde zu tragen, im deutschen Heer oder in der Marine zu dienen, Verlust aller politischen Rechte). Die privatrechtlichen Wirkungen der Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte sind auf Grund des Bürgerlichen Gesetzbuch folgende: Unfähigkeit zum Amte eines Vormundes (§ 1781), zur Zeugenschaft bei Errichtung eines Testamentes (§ 2237), bei Eheschliessung (§ 1318). Uebrigens hat sich auch das Bürgerliche Gesetzbuch der Anerkennung einer neben der juristischen Aberkennung sich rein durch das sociale Urtheil geltend machenden *infamia facti, turpitudo* oder Bescholtenheit bezw. Verächtlichkeit nicht entziehen können: „Ehrloses oder unsittliches Verhalten" kommt in Betracht als Ehescheidungsgrund (§ 1568), als Grund theilweiser Entziehung elterlicher Gewalt (§ 1666), ehrloser und unsittlicher Lebenswandel als Enterbungsgrund (Entziehung des Pflichttheils § 2333, No 5, 2336, S. 4).

§ 11.

Das Recht am Namen. [1])

Der Name ist eine überall in der menschlichen Gesellschaft (auch bei den Naturvölkern schon) als nothwendig erkannte dauernde Bezeichnung der Person, um sie von anderen

[1]) *Inst.* II 20 *de legat.* § 29 *Dig.* XXXVI 1 *ad S. C. Trebellian, l.* 63 (*l.* 65) § 10. *Dig.* XXXXVIII 10 *de lege Cornelia l.* 13 *pr. Codicis l. unica de mutatione nominis* IX. 25. Bynkershoek. *Observationes per. Rom. Ed.* 1723. *Lib.* III *c.* 7. Fr. Geissler, *Diss de nominis mutatione Lips.* 1669. Beier, *disputatio de nomine proprio et appellativo,* Jena 1694. J. Chr. Schröter, *Diss. de nominis proprii expressione,* Jena 1704. Schröter, *Progr. Fasne ac jus fuerit Romanis, prout collibitum esset vel assumere nomen etc.* Rhetius, *de nomine proprio.* Richter, *Diss. de cond. nominis Lips.* 1780. Krebs, *Diss. de nominis mutatione.* Wiarda, über deutsche Vornamen und Geschlechtsnamen, Berlin und Stettin 1800. Abschn. III. Einert, Erörterungen einzelner Materien des Civilrechts, Dresden 1846 Nr. 2. Hermann, im Archiv für civilist. Praxis Bd. 45 Nr. 6: Ueber das Recht der Namensführung und Namensänderung. Sarwey, Württemberg. Archiv Bd. 15 S. 18 ff. Gareis,

zu unterscheiden. *Nomina significandorum hominum causa reperta sunt* (*Inst.* II § 29). Sofern Jedermann verpflichtet ist, einen Namen zu führen, fällt das Namenrecht in das Gebiet des öffentlichen, speziell des Verwaltungsrechts. Zugleich aber bildet der Name eine Qualität der Person, und insofern ein subjectives Privatrecht; die Person steht zu ihm nicht in dem Verhältniss eines Eigenthümers zur Sache (im weitesten Sinne), wie die französische Jurisprudenz hin und wieder das Namenrecht construiert hat, sondern das Recht am Namen ist ein Persönlichkeitsrecht oder Individualitätsrecht. [1])

Die Behandlung dieses Persönlichkeitsrechtes wie auch anderer analoger Persönlichkeitsrechte ist im römischen Rechte eine sehr dürftige. Offenbar war der fast international demokratischen Gesellschaft des absolutistischen römischen Kaiserreichs der grosse Werth des Namens abhanden gekommen; die *l. unica Cod.* IX 25 stellte die freie Aenderung des Namens in das Belieben Jedermanns, nur eine Namensänderung zu

Busch. Archiv für Handelsrecht Bd. 35 S. 197 ff. J. Kohler, Das Individualrecht als Namensrecht. im Archiv für bürgerl. Recht Bd. V Nr. 4 (Note 2 zu S. 4) S. 77 ff. O. Fischer. Archiv für bürgerl. Recht VI 306 ff. v. Ihering, Jahrb. für Dogmatik XXIII 320 ff. Bekker *ib.* XXX 278. Thon. Rechtsnorm S. 153. Rösler, Verwaltungsrecht I § 19. G. Meyer, Verwaltungsrecht I § 31. v. Sicherer, Art und Namengebung in Stengels Wörterbuch II 158 ff. Kaserer, Ueber Personennamen und deren Aenderung nach österr. Gesetzen. Wien 1879. Huber, Schweizer Privatr. I 417 ff. Rechtsgutachten von Schneider, Kohler und Laband i. S. Orelli w. Corregioni d'Orelli. Zürich 1889. Gierke. D. Privatr. I § 83. Gierke, Entw. S. 86 ff. Stobbe. D. Privatr. III § 163. Dernburg. Pand. I. § 22 Nr. 9. Sigm. Levi, Vorname und Familienname im Recht 1888. Scialoja. *del diritto al nome. Roma* 1889. Nippold, Vorname und Familienname nach dem Entw. des B.G.B. und nach sächs. R. (Sächs. Archiv für bürgerl. R. und *proc.* VI 306 ff. R.G. V S. 172 XXIX S. 123. Kuhlenbeck, Rechtsprechung des R.G. I S. 91—100.

[1]) Zu meiden ist der von Gareis a. a. O. und Kohler gebrauchte Ausdruck Individualrecht. Individualrechte sind, wie wir später bei Beginn des Sachenrechtes ausführen werden, Rechte auf ausschliessliche Benutzung einer Sache im Gegensatze zum Rechte des Gemeingebrauchs oder auch Sonderrechte Einzelner innerhalb der Corporationen. Zulässig erscheint dagegen der Ausdruck Individualitätsrecht, da der Name zur Kennzeichnung des Individuums dient.

fraudulosen Zwecken fiel unter die *lex Cornelia de falsis*. Doch war jedenfalls die *actio injuriarum* bei absichtlichem Missbrauch des Namens begründet. Auch entband der Prätor einen Legatar von der Bedingung, einen schimpflichen Namen anzunehmen (*l.* 65 § 10 *D.* 36, 1: *nihil autem male est honesti hominis nomen adsumere*). Grösseren Werth legte von jeher die germanische Auffassung auf den Namen, die *lex Visigothorum* VII § 6 verbot schon jede willkürliche Namensänderung. Die meisten Pandektisten waren bisher im Banne der romanistischen Auffassung befangen, bis auf Leyser erkannten sie ein Recht am Namen überhaupt nicht an. Selbst noch v. Ihering (Geist des römischen Rechtes III S. 340) meint, Schutz des Namens sei lediglich Sache der Verwaltung, hier höre die Möglichkeit des civilrechtlichen Schutzes auf. Und auf demselben Standpunkte stehen sogar Germanisten, wie Gerber, D. Privatr. § 34 u. 1 und Stobbe, a. a. O. § 163, III S. 53. Die Praxis trug jedoch seit Ende vorigen Jahrhunderts der deutschen Rechtsanschauung zunächst beim kaufmännischen Namen (Firma), dann auch allgemein beim adligen und bürgerlichen Namen Rechnung, und man kann unbedingt zur Zeit schon die römischrechtlichen Bestimmungen, soweit sie der Anerkennung des Namenrechts als eines absoluten Privatrechtes entgegenstanden, durch ein gemeinrechtliches Gewohnheitsrecht für derogirt erkennen.[1])

In der That sind die Bedenken v. Iherings gegen den civilrechtlichen Schutz des Namens ungerechtfertigt; er meint zwar mit Recht, der Civilrichter könne nur diejenigen Interessen schützen, welche die Gestalt fester Körper an sich tragen; „wo sie diese Form abstreifen und in den luftförmigen Zustand übergehen, sich ins völlig Unbestimmte verlieren, hört seine Macht auf, — man kann Wolken nicht in einen Sack oder eine Kapsel fangen, — der Richter aber muss die Sache fassen und greifen können, um sie mit Sicherheit zu beurtheilen, es gilt für ihn dasselbe, was Cicero von den Gesetzen sagt: *tollunt astutias, quatenus manu tenere possunt*". — Diese Vorwürfe treffen jedoch das Namenrecht nicht, es ist nichts luft-

[1]) Vgl. die Entscheidungen des Reichsgerichts in Nr. 1.

förmiges, es gestattet genaue Begrenzung der Klage nach Person, Gegenstand und Voraussetzungen. Andrerseits verdient der Name in hohem Grade als höchst werthvolles Symbol der Persönlichkeit und Kennzeichen angeborener und erworbener Ehre den privatrechtlichen Schutz. Wenn Goethe sagt: Name ist Schall und Rauch, so hat ihn bereits Shakespeare widerlegt, wenn er in Julius Cäsar den Poeten Cinna wegen Namensgleichheit mit dem Verschworenen Cinna ein Opfer der Volkswuth werden lässt, unter dem Geschrei: „Reisst ihm seinen Namen aus dem Herzen!“ — Der mit dem Herzen verwachsene Name verlangt als subjectives Privatrecht gebieterisch seine Anerkennung. Mit Recht hat daher das Bürgerliche Gesetzbuch (§ 12) das Privatrecht am Namen ausdrücklich anerkannt:

> „Wird das Recht zum Gebrauch eines Namens dem Berechtigten von einem Anderen bestritten oder wird das Interesse des Berechtigten dadurch verletzt, dass ein Anderer unbefugt den gleichen Namen gebraucht, so kann der Berechtigte von dem Anderen Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen. Sind weitere Beeinträchtigungen zu besorgen, so kann er auf Unterlassung klagen.“

Zunächst gilt es den Begriff des Namens im Sinne dieses Paragraphen festzustellen. Das Gesetz selber giebt keine Definition, es kommt also auf den wissenschaftlichen Umfang des berechtigten Interesses am Namen an.

1. Der bürgerliche Name ist derjenige Name, der im bürgerlichen Verkehr, insbesondere im Rechtsverkehr, zur Bezeichnung der Persönlichkeit dient. In Deutschland und den meisten christlichen Culturstaaten [1]) besteht er aus einem Familiennamen und Vornamen; [2]) ersterer bezeichnet die Zugehörigkeit zu einer durch (agnatischen) Geschlechtszusammen-

[1]) Anders noch bei den Muhamedanern, die Türken z. B. kennen keine Familiennamen, die Person benennt sich bei ihnen wie dies im Alterthum z. B. bei den Griechen der Fall war, mit dem Vornamen und dem Zusatz des Vaters.

[2]) Der Gebrauch des Familiennamens ist erst in unserem Jahrhundert ein allgemeiner geworden. Vgl. Levi a. a. O. S. 1 ff.

hang bestimmten Familie (entsprechend dem Gentilnamen der Römer); letzterer dient als Unterscheidungsmerkmal der einzelnen Mitglieder der Familie. Der Familiennamen wird in der Regel durch Geburt erworben. Das uneheliche Kind, das keine agnatische Verwandtschaft hat, — im römischen Sinne *sine patre natus* (*s. p. spurius*, vgl. Böcking, Institutionen § 17) — erhält den Familiennamen der Mutter (§ 1706 B.G.B.); führt die Mutter in Folge ihrer Verheirathung einen anderen Namen, so erhält es den Familiennamen, den die Mutter vor der Verheirathung geführt hat. Der Ehemann der Mutter kann durch Erklärung gegenüber der zuständigen Behörde (welche durch das Reichsgesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit bestimmt werden soll, bis dahin landesgesetzlich normirt wird) dem Kinde mit Einwilligung des Kindes und der Mutter seinen Namen ertheilen (auch wenn er nicht der Vater ist); die Erklärung des Ehemanns sowie die Einwilligungserklärungen des Kindes und der Mutter sind in öffentlich beglaubigter Form abzugeben (§ 1706). Uneheliche Kinder erhalten ferner durch Legitimation den Namen des Vaters (§ 1719). Adoptivkinder den Namen des Adoptirenden; das Kind darf dem neuen Namen seinen früheren Familiennamen hinzufügen, wenn nicht das Gegentheil ausdrücklich im Adoptionsvertrag ausgemacht ist.[1]) (§ 1758.) Findelkinder erhalten einen „Familiennamen" (richtiger bloss ein Analogon) durch behördliche Verleihung. Eine Aenderung des Familiennamens erfolgt für die Frau mit deren Verheirathung, sie erhält dann den Namen des Mannes (§ 1355 B.G.B.)[2]) Doch dürfte sie berechtigt sein, mit dem Zusatz „geborene" den früheren Familiennamen weiterzuführen. Als Wittwe behält sie den Familiennamen des Mannes; ebenso behält die geschiedene Frau den Familiennamen des Mannes. Doch kann ihr der Mann die Führung seines Namens untersagen, wenn sie allein für schuldig an der Scheidung erklärt ist.

[1]) Dagegen verleiht die Adoption, sofern nicht landesherrliche Vereihung des Adels und Agnatenconsens hinzutritt, keinenfalls den Adel (weder hoher noch niederer). Vgl. Entsch. des Reichsger. vom 17. Dezember 1896 i. S. v. Bülow c. v. Bülow VI 233/96. Jurist. Wochenschr. 1897 S. 117. 118 (Nr. 44).

[2]) Ausnahme bei Ehen zur linken Hand im hohen Adel.

Die Untersagung muss durch eine in öffentlich beglaubigter Form gegenüber der zuständigen Behörde abzugebende Erklärung erfolgen. Alsdann erhält sie ihren Familiennamen wieder. Auch die nicht für schuldig erklärte Frau kann ihren Familiennamen wieder annehmen, auch den Namen, den sie, wenn sie schon vor Eingehung der geschiedenen Ehe verheirathet war, zur Zeit der Eingehung der letzteren hatte, (es sei denn, dass ihr jener Name untersagt ist, § 1577).

Das Recht eigenmächtiger Namensänderung, wie es die *l. un Cod. de mut. nominis* 9, 15 anerkennt, ist wenn es gemeinrechtlich überhaupt noch besteht, [1]) jedenfalls durch die meisten Landesgesetze [2]) beseitigt.

Eine besondere gewohnheitsrechtlich sanktionirte Namensänderung kennt übrigens noch das bäuerliche Recht in einzelnen Theilen Norddeutschlands, z. B. in den nördlichen Theilen der Provinz Hannover, hier nimmt der auf einen Bauernhof (eine

[1]) Vgl. Gierke, D. Privatr. §§ 3 und 11.

[2]) Für Preussen ist massgebend der Allerhöchste Erlass betr. die Ertheilung und Genehmigung zu Namensänderungen vom 12. Juli 1867. Die Entscheidung über die Anträge ist den Regierungen überwiesen. Wird die Annahme des Namens einer bestimmten Familie beabsichtigt, so soll die Genehmigung nur dann ertheilt werden, wenn da, wo ein Privatinteresse der betheiligten Familie ersichtlich ist, festgestellt wird, dass von dieser nicht ein begründeter Widerspruch erhoben werden kann, und es sind deshalb die nächsten männlichen Mitglieder dieser Familie über den Antrag zu hören. — Die bisherigen deutschen landesgesetzlichen Bestimmungen, welche diese freiwillige Namensänderung nur vom Ermessen der Verwaltungsbehörden abhängig machen, vertragen sich schlecht mit dem nunmehr durch § 12 B.G.B. anerkannten Privatrecht. Ein französches Gesetz (vom 9. Germinal XI) verstattet wenigstens binnen Jahresfrist nach Veröffentlichung der behördlichen Genehmigung gegen die Namensänderung allen Personen, deren Interesse dadurch verletzt wird, Einspruch zu erheben (*opposition*), dem stattzugeben ist, wenn er begründet erscheint. Es wäre dringend erwünscht, dass nunmehr auch für Deutschland die Frage der öffentlichen Namensänderung durch ein Reichsgesetz geregelt würde, das einen solchen im Verwaltungsstreitverfahren zu verfolgenden Einspruch der betheiligten Privatrechtsinteressenten zulässig macht, — andernfalls wird der § 12 B.G.B. bei behördlich genehmigten Aenderungen des Namens, da alsdann von unbefugter Namensführung nicht mehr die Rede sein kann, illusorisch.

Erbtochter) heirathende Wirth den Namen des „Hofes“ an, unter Beibehaltung seines Familiennamens mit dem Zusatze: geborener (z. B. Colon Sundermann geb. Niemeyer).

Der Familiennamen wird hiernach, abgesehen von den erwähnten Namensänderungen, mit „der Geburt“ erworben, gilt als angebornes, persönliches, nicht als ererbtes Recht.[1] Er ist unübertragbar und unverzichtbar.[2] Der Vorname wird durch Beilegung erworben, das Recht der Beilegung steht zunächst dem Vater, darnach der Mutter, event. dem Vormunde zu. Vornamen, die gegen die gute Sitte, die Ordnung oder das religiöse Gefühl verstossen, sollen nicht in das Standesamtsregister eingetragen werden.

2) Neben dem bürgerlichen Namen hat die Sitte (man kann schon sagen ein Gewohnheitsrecht) für bestimmte Verhältnisse auch angenommene Namen (Pseudonyme) für zulässig erklärt (Schriftstellernamen, Künstlernamen, Theaternamen). Fällt auch ein solches Pseudonym unter den Schutz des § 12 B.G.B.? Allerdings hat die II. Commission (Protok. bei Reatz I S. 14 *Note*) sich einstimmig dahin geäussert, dass dem Pseudonym der Rechtsschutz nicht zugedacht sei. Allein in der Fassung des Gesetzes ist dieser Gedanke nicht zum Ausdruck gekommen. Auch der angenommene Name kann sich vermöge des unter ihm erworbenen Ruhmes zu einem werthvollen Persönlichkeitsgute entfalten, nicht nur die Vermögensinteressen eines Autors, auch seine Ehre, ja sein Nachruhm können durch den unlauteren Wettbewerb eines Anderen, der unter gleichem Namen ähnliche Schriften veröffentlicht, geschädigt werden, wie nicht minder die Interessen des Publikums selbst. Die französische und englische Rechtsprechung hat daher kein Bedenken getragen, auch ein Privatrecht am schriftstellerischen und künstlerischen Pseudonym anzuerkennen.[3] Mit Endemann (Einf. in d. Studium des B.G.B. S. 50, 51), Riedel (D. B.G.B.

[1]) Gierke, D. Privatr. I 720 Nr. 21. R.G. V S. 175.

[2]) Der Familienname allein kann weder unter Lebenden noch von Todeswegen auf einen anderen übertragen werden. R.G. V Nr. 24 S. 221 ff.

[3]) Vgl. J. Kohler, Archiv für bürgerl. R. V S. 79 ff., Kuhlenbeck, Rechtsprechung S. 100.

im Vergl. mit d. Preuss. Recht S. 55) glaube daher auch ich ungeachtet jener Mittheilung aus den Commissionsprotokollen den Rechtsschutz des § 12 nicht auf den Familiennamen beschränken zu müssen; die Bedeutung der Motive und Verhandlungsprotokolle für die Auslegung des Gesetzes findet ihre Schranke an dem Wortlaut des Gesetzestextes, vgl. S. 19 oben, in Verbindung mit der nicht subjectiven, sondern objectiven *ratio legis.* [1]) Auch der Name der juristischen Personen, und zwar sowohl der Vereine (Verbandsnamen) wie der Stiftungen fällt unter den Schutz des § 12, wenngleich letzterer seine Stellung in dem Titel von den natürlichen Personen erhalten hat. [2]) Juristische Personen erlangen ein Recht auf einen bestimmten Namen durch eigene Wahl bezw. Verleihung bei Stiftungen, durch staatliche Verleihung oder Bestätigung oder durch Unvordenklichkeit.

3) Der § 12 will das Namenrecht gegen jegliche Beeinträchtigung schützen. Als Beeinträchtigung, — insofern ist dieser § auch erheblich für die Begriffsbestimmung dieses noch vielfach an anderen Stellen im B.G.B. gebrauchten Wortes —, erscheint zunächst die Bestreitung des Rechtes zum Gebrauch des Namens durch den Dritten. Offenbar genügt aber nicht die blosse dem Namensträger oder einem Dritten gegenüber hingeworfene Behauptung, dem ersteren stehe dieser Name nicht zu. Denn für diesen Fall genügt, allerdings unter der für jede Feststellungsklage zu fordernden Voraussetzung eines rechtlichen Interesses, der Schutz des § 231 der C.P.O., die Präjudicialklage des römischen Rechtes. Die aus § 12 resultirende Klage soll vielmehr den als nicht ausreichend erkannten Schutz dieser ergänzen, sie ist auf Beseitigung der Beeinträchtigung gerichtet; folglich setzt sie zum Mindesten entweder einen in der Oeffentlichkeit zum Ausdruck gekommenen Widerspruch voraus, an dessen öffentlichen Widerruf der Kläger ein Interesse hat, oder ein sonst irgend wie sei es durch schriftliche Fixirung sei es auf andere Weise sich als dauernden Widerspruch kennzeichnendes Ver-

[1]) Vgl. auch R.G. I 250 XVI S. 194.

[2]) Vgl. Endemann, a. a. O. S. 51. Gierke, D. Privatr. I S. 713.

halten voraus, das beseitigt werden kann. Es genügt also nicht zum Fundament der Klage die Thatsache, dass der Verklagte einmal irgendwie und irgendwann das Recht des Klägers zur Führung seines Namens bestritten habe.

Die Klage ist eine *actio quasinegatoria*, setzt also eine wenigstens in ihren Wirkungen noch bestehende Störung voraus. Andrerseits aber setzt sie als solche keine subjective, schuldhafte, sondern lediglich eine objective Rechtsverletzung voraus. Als Beeinträchtigung erscheint ferner jede positive Verletzung des Interesses des Berechtigten dadurch, dass ein Anderer unbefugt den gleichen Namen gebraucht.

Es genügt Interessenverletzung im weitesten Sinne, es braucht kein Vermögensinteresse in Frage stehen, auch ein rein gesellschaftliches, ja ein individuelles Affectionsinteresse, z. B. das Interesse nicht als verwandt mit dem unbefugten Namensträger zu erscheinen, ist ausreichend.[1]) Irgend ein Interesse muss aber ersichtlich sein, bei weitverbreiteten vulgären Familiennamen (Meyer, Müller, Schulze, Lehmann u. s. w.) kann unter Umständen das Interesse zu verneinen sein; es ist eine Frage richterlichen verständigen Ermessens im einzelnen Fall. Beispielshalber kann selbst der Name Meyer schutzbedürftig erscheinen, wenn etwa eine geschiedene Frau widerrechtlich (nachdem sie als schuldiger Theil geschieden) den Namen weiterführen würde oder Jemand, um den Anschein zu erwecken, der Verwandte eines bestimmten Meyer zu sein, sich diesen Namen zulegte.[2])

Zur Beseitigung der Beeinträchtigung gehört die Einwilligung in die Abänderung der dem Rechte des Namensträgers widersprechenden Einträge in Standesregistern, Handelsregistern, Grundbüchern, Notariatsurkunden, ja auch die Beseitigung aus blossen Privaturkunden, die Beseitigung des angemassten Namens aus Briefformularen, Geschäftsanzeigen, Schildern, Visitkarten u. s. w.

4) Gebrauch des Namens endlich ist nicht bloss die eigene Anmassung desselben durch den Anderen, sondern

[1]) R.G. V S. 221.

[2]) Kohler a. a. O. (Archiv für bürgerl. R. V S. 95).

auch ein Missbrauch des Namens durch Verwendung zur Bezeichnung von Rollen in dramatischen Erzeugnissen, Romanen u. s. w., wenn dadurch das Publikum auf die Person des berechtigten Namensträgers als wahrscheinliches Modell aufmerksam gemacht wird. Der Name ist eine Qualität der Persönlichkeit und die Klage aus § 12 bezweckt eben die Persönlichkeit in dieser Hinsicht zu schützen. In solchen Fällen würde auch eine unwesentliche orthographische Aenderung die Klage nicht elidiren.[1])

Nach Analogie der *actio negatoria* (*cautio de non amplius turbando*) kann, im Fall weitere Beeinträchtigungen zu besorgen sind, Sicherstellung (§ 775 C.P.O.) oder Androhung von Strafe gegen weitere Beeinträchtigungen gefordert werden.

Endlich hat der Verklagte, wenn neben der objectiven Beeinträchtigung die subjectiven Voraussetzungen der Schadensersatzansprüche, Vorsatz oder Fahrlässigkeit (§ 823 B.G.B.) nachgewiesen werden, den nach freiem Ermessen des Richters (§ 260 C.P.O.) zu schätzenden, durch die Beeinträchtigung verursachten Vermögensschaden des Klägers zu erstatten. Auch dies ergiebt sich aus den allgemeinen Grundsätzen sowohl der *actio negatoria* als auch aus der Analogie der in diesem Falle römisch rechtlich begründeten *actio injuriarum*.

§ 12.

Verwandtschaft. Schwägerschaft. Hausunterthänigkeit.

I. Die Verwandtschaft. Die Verwandtschaft ist kein Recht, auch kein Rechtsverhältniss, sondern ein natürliches Verhältniss zwischen physischen Personen, das vielfache rechtliche Wirkungen erzeugt, also ein Rechtszustand. Die Wirkungen, die sich daran knüpfen können, sind theils positiver Art, z. B. Erbrecht, theils negativer, z. B. Eheverbote. Das römische kannte zwei verschiedene Arten der Verwandtschaft, die Agnation und Cognation. Die erstere beruhte auf der Mitgliedschaft zum römischen Hause, Agnaten hiessen alle

[1]) Vgl. Kohler a. a. O.; Kuhlenbeck, Rechtsprechung S. 100; Duredy c/a Zola (Pataille 1882 p. 173, 175).

Personen, die unter derselben Hausherrschaft, *patria potestas* standen oder noch stehen würden, wenn das gemeinsame Familienhaupt noch lebte; denn der Tod des letzteren hob das Agnatenverhältniss nicht auf. Es wurde begründet durch jeden Eintritt in die römische Hausgemeinschaft, durch Geburt, Adoption, *manus*-Ehe der Frau (letztere kam dadurch in die rechtliche Stellung einer Haustochter), es wurde aufgehoben durch Emancipation (*capitis deminutio minima*). Fortgepflanzt wurde diese Agnation nur durch Männer, da nur diese Träger der *patria potestas* sein konnten, die Kinder der verheiratheten Frau fielen unter die Agnation des Ehemanns, daher der Satz: *mulier caput ac finis familiae.*

Der römische Agnationsbegriff ist, nachdem er schon im justinianischen Recht (mit Ausnahme der Adoptivverwandtschaft), alle Bedeutung verloren, in Deutschland nicht recipirt.[1])

Der deutschrechtliche Agnationsbegriff bezeichnet lediglich eine Blutsverwandtschaft, die durch den Mannsstamm vermittelt ist, die Verwandtschaft der dauernden Träger des Familiennamens (§ 11 oben S.).

Allerdings ist auch letztere noch in erbrechtlicher Beziehung (bei der agnatisch-linearischen Erfolge, besonders im Privatfürstenrecht) erheblich.

Die Cognation ist Blutsverwandtschaft schlechthin, darauf beruhend, dass entweder von zwei Personen die eine von der andern oder dass beide von derselben dritten Person abstammen. Im ersteren Fall heissen beide in gerader Linie verwandt; diejenigen, von denen ein Mensch (mittelbar oder unmittelbar) abstammt, sind seine Ascendenten, Ahnen oder Vorfahren. Umgekehrt heissen diejenigen, die von ihm (unmittelbar oder mittelbar) abstammen, seine Descendenten oder Nachkommen. Descendenten und Ascendenten sind also stets in gerader Linie mit einander verwandt. Dagegen heissen diejenigen Cognaten oder Blutsverwandten, die nur durch einen gemeinsamen Ascendenten (sei er Stammvater oder Stammmutter) verbunden sind, Seitenverwandte oder Collateralen. Die Entfernung der Verwandtschaft misst das römische Recht

[1]) Vgl. Regelsberger, Pand. S. 274.

so, dass jede Zeugung (Geburt), die sie vermittelt, als ein Grad zählt (*quot generationes tot gradus*). Diesen römischen Begriff der Blutsverwandtschaft nebst der Gradberechnung hat das Bürgerliche Gesetzbuch in § 1589 unverändert übernommen.[1]) Unter den Seitenverwandten stehen sich am nächsten die Geschwister, vollbürtige (*germani*), wenn sie Vater und Mutter, halbbürtige, wenn sie nur den Vater[2]) oder die Mutter[3]) gemeinsam haben.

Das innigste und nächste Verwandtschaftsverhältniss besteht darnach zwischen Eltern und Kindern, und dieses hat auch die wichtigsten Rechtsfolgen. Zu unterscheiden ist dafür aber eheliche und uneheliche Geburt:

a) Eheliche Geburt: Während die Geburt, der Akt, der die Verwandtschaft mit der Mutter begründet, als eine in der äussere Wahrnehmung fallende Thatsache unschwer zu beweisen ist, ist ein directer Beweis der Erzeugung, wenn nicht unmöglich, so doch ausserordentlich schwer. Auf diesen Gegensatz beziehen sich Rechtsparömien: *mater semper certa est — pater incertus — pater est, quem nuptiae demonstrant*. Dem Beweis der Vaterschaft kamen darnach die Römer durch die Präsumtion zur Hülfe, dass das während der Ehe von der Ehefrau geborene Kind als Kind des Ehemannes zu gelten habe. Allein diese Präsumtion wurde durch eine gesetzlich angenommene Conceptionszeit begrenzt: da sie auf die Autorität des Hippokrates hin annahmen, dass für lebend geborene Kinder 6 Monate die kürzeste, 10 Monate die längste Schwangerschaftszeit[4]) sei, so beschränkten sie die Rechtsvermuthung auf das nach Ablauf des 6. Monates (nach dem 181. Tage[5])) nach Schliessung

[1]) Die Berechnung des kanonischen Rechts, von Bedeutung nur für die Ehehindernisse der katholischen Kirche, wich insofern von der römischen ab, als bei der Seitenverwandtschaft nur die bis zum gemeinsamen Ascendenten führenden Zeugungen (Geburten), nicht aber, wie im römischen Recht durch letzteren hindurch wieder abwärts bis zum Seitenverwandten gezählt wurde.

[2]) *consanguinei*.

[3]) *uterini*.

[4]) Vgl. oben II § 1 (Vitalität).

[5]) Der Tag der Hochzeit und Geburt wird nicht mitgerechnet.

und vor dem Ablaufe des 10. Monats (vor dem 302. Tage) nach Lösung der Ehe geborene Kind. Da es sich um eine *praesumptio juris*, nicht um eine Fiction oder *praesumptio juris et de jure* handelt, war Gegenbeweis zulässig.[1]) Es genügte aber nicht der Beweis eines Ehebruchs der Frau bzw. eines geschlechtlichen Verkehrs derselben vor oder nach der Ehe mit Anderen, erforderlich war der Beweis der Unmöglichkeit der Abstammung; z. B. wegen thatsächlichen Nichtverkehrs mit der Frau in der kritischen Periode. Streitig ist, ob die blosse Unreife oder Reife des Kindes zum Gegenbeweis genügte. Die Mehrzahl der Praktiker und Theoretiker ist gegen die Zulässigkeit eines solchen Indicienbeweises (Vgl. Stinzing, Iherings Dogmat. Jahrb. IX, 5.). Die herrschende Ansicht meinte, die Zulassung dieses Gegenbeweises verstosse gegen den legislativen Zweck der Präsumtion (Vermeidung von sittlichem Aergerniss, Heiligkeit der Ehe[2]). Die Pandekten führen als Unmöglichkeitsgründe nur an Abwesenheit während der kritischen Periode, Krankheit, Zeugungsunfähigkeit, doch nicht als erschöpfend (l. 1 § 14 *D. de agnosc. lib.* 25,3, *vel alia causa*).

Weit künstlicher und complicirter und daher theoretisch schwerer zu construiren ist die Regelung der ehelichen Verwandtschaft in Bürgerlichen Gesetzbuch; ob auch praktischer und gerechter, wird erst die Erfahrung lehren.

Zunächst kennt es nicht die einfache Vermuthung: *pater est quem nuptiae demonstrant.* Statt dessen erklärt es (§ 1591) jedes Kind für ehelich, „das nach der Eingehung der Ehe“ (von der Ehefrau) „geboren wird“, „wenn die Frau es vor oder während der Ehe empfangen hat“, (was doch wohl selbstverständlich sein dürfte, da es sonst nicht geboren werden kann[3]) „und der Mann innerhalb der Empfängnisszeit der Frau beigewohnt hat“. Nach Ansicht von Fischer und Henle (Handausgabe n. 1 zu § 1591)

[1]) *L.* 6 *J. de his qui sui* 1, 6 *l. D.* 1 § 14 *de agnosc. lib.* 25, 3 *l.* 29 *D. de prob.* 22, 3 *l.* 11 § 9 *D. ad leg. Jul. de ad.* 48, 5.

[2]) R.G. VI Nr. 40 S. 168.

[3]) Der § 1591 ist ein wahres Muster schlechter Gesetzgebungsredaktion, indem er ganz überflüssige Voraussetzungen ausdrückt, die gesetzlich erheblichen aber möglichst ungeschickt formulirt.

soll dies keine Vermuthung sein, sondern eine „positive Bestimmung“; auch bei anderen Juristen (z. B. bei Gareis, Einf. in d. Studium des B.G.B. II § 650) finde ich die Bezeichnung Vermuthung für diesen Satz vermieden. In meinen Augen kann es gleichwohl nichts anderes, als eine Vermuthung sein. Denn es wird sich gleich zeigen, dass der Gegenbeweis, wenn auch beschränkt, zulässig ist. Die Ausdrucksform des Gesetzgebers (ist ehelich) ist gegenüber der sachlichen Tragweite dieser positiven Bestimmungen — auch Vermuthungen sind positive Bestimmungen — unerheblich. Jedenfalls ist es keine Legaldefinition, der Begriff der Ehelichkeit, der sich mit dem der natürlichen Abstammung vom Ehemanne deckt, hat doch nicht abgeändert werden sollen. Auch ist es keine Fiction; denn, wie gesagt, ist der Gegenbeweis nicht völlig ausgeschlossen.

Dieser ersten Vermuthung nun stellt das Bürgerliche Gesetzbuch (in Abs. 2 des § 1591) die weitere Vermuthung zur Seite, dass der Mann innerhalb der Empfängnisszeit der Frau beigewohnt habe.

Demnach haben zunächst nach dem B.G.B. alle Kinder für eheliche zu gelten, die von einer Ehefrau nach Eingehung der Ehe, sei es auch schon am ersten Tage nach der Eheschliessung oder an diesem Tage (nach der Trauung) geboren werden. Soweit jedoch in diesem Falle die Empfängnisszeit in die Zeit vor der Ehe fällt, soll die zweite Prämisse dieser Gesammtvermuthung, die Specialvermuthung, dass der Mann ihr innerhalb der Empfängnisszeit beigewohnt habe, nur gelten, wenn der Mann gestorben ist, ohne die Ehelichkeit des Kindes angefochten zu haben. Die Voraussetzungen dieser Anfechtung werden wir gleich näher kennen lernen.

Hinsichtlich der Empfängnisszeit schliesst sich das Bürgerliche Gesetzbuch zunächst insofern an das römische Recht an, als es wie dieses eine gesetzlich fixirte Conceptionsperiode aufstellt, dahin, dass ein Kind als empfangen gilt innerhalb der Zeit von dem 181. bis zum 302. Tage vor dem Tage seiner Geburt, mit Einschluss des 181. und 302. Tages (§ 1592, 1). Dennoch ist diese gesetzliche Empfängnisszeit hinsichtlich

ihrer Maximalgrenze wieder keine absolute, sondern nur präsumtiv. Kann nämlich festgestellt werden (§ 1592, 2), „dass das Kind innerhalb eines Zeitraumes empfangen ist, der weiter als 302 Tage vor dem Tage der Geburt des Kindes zurückliegt, so gilt zu Gunsten der Ehelichkeit des Kindes dieser Zeitraum als Empfängnisszeit“.[1]

Was nun der Gegenbeweis gegen die Vermuthung[2]) des § 1591 anlangt, so ist derselbe nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche in weiterem Umfange gestattet, als nach dem bisherigen gemeinen Rechte. Zu unterscheiden ist alsdann wegen der für diesen Fall nur bedingt geltenden (§ 1591 Abs. 2 S. 2) Vermuthung der Beiwohnung innerhalb der Empfängnisszeit

a) ob die gesetzliche Empfängnisszeit innerhalb der Ehe liegt,

b) ob sie ganz oder theilweise vor derselben liegt.

Im ersteren Fall (ad a) „ist (§ 1591 S. 2) das Kind nicht ehelich, wenn es den Umständen nach offenbar unmöglich ist, dass die Frau das Kind von dem Manne empfangen habe“; d. h. offenbar: die Präsumtion des S. 1 § 1591 kann durch den Beweis der Unmöglichkeit der Vaterschaft widerlegt werden. Gefordert ist Unmöglichkeit, nicht blosse Unwahrscheinlichkeit. Im übrigen aber ist dieser Gegenbeweis nicht auf die in den Pandekten bezeichneten Fälle zu beschränken, noch weniger, wie es freilich Absicht des Entwurfs I. (I, § 1469) war, auf

[1]) Die Veranlassung zu dieser Ausnahme gaben moderne medizinische Einwendungen gegen die alte Regel des Hippokrates. Allerdings soll eine Schwangerschaft von 310, ja 312 Tagen nicht unmöglich sein (Schürmayer, gerichtl. Medizin § 118; Olshausen, Magazin für deutsches R. VIII S. 323 ff.). Andererseits erklärt die jetzige Gynäkologie die Zeit zwischen dem 210. und 302. Tage vor der Geburt für die regelmässige Empfängnissperiode. Wir haben also ein nur theilweises Compromiss des Gesetzgebers in Richtung der höchsten Dauer zu constatiren, vermeintlich im Interesse des Kindes, der Ehre der Ehefrau und Ruhe der Familie, Mot. IV S. 149 ff.

[2]) Die Denkschrift S. 320, „gilt als vom Manne erzeugt“, scheint mit uns eine Vermuthung anzunehmen.

den Nachweis, dass der Ehemann innerhalb der Empfängnisszeit mit der Ehefrau den Beischlaf nicht vollzogen habe. Denn mit diesem Nachweise wird ja die Voraussetzung der Hauptvermuthung, bezw. die sie unterstützende Hilfsvermuthung schon hinfällig. Vielmehr beabsichtigt das Gesetz, durch diesen Satz auch einem innerhalb der kritischen Periode concumbirt habenden Gatten den Beweis der Nichtvaterschaft zu gestatten. Die Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuche sind daher für die Tragweite dieses Gegenbeweises völlig unbrauchbar geworden, sie sind ausdrücklich von der schliesslichen Redaction desavouirt. Auch ein Indizienbeweis, „aus den Umständen", ist zulässig. Wenn die Denkschrift (S. 320) meint, der Nachweis, dass die Frau sich innerhalb der Empfängnisszeit eines Ehebruchs schuldig gemacht habe, selbst in Verbindung mit anderen Anzeichen, welche auf die Vaterschaft eines Dritten führen, sei der Regel nach unerheblich, so ist das eine bloss *cum salo granis* nehmende Bemerkung; es kommt eben nur auf die Schlüssigkeit der hinzutretenden anderen Anzeichen an. Ausdrücklich soll in der Commission II. des Falles gedacht sein, dass eine Rassenverschiedenheit des Kindes, (es wird ein Mulatte geboren) oder die schon vor der letzten ehelichen Beiwohnung constatirte Schwangerschaft den Schluss auf einen anderen Erzeuger unabweislich mache [1]). Aber auch aus dem Grade der Reife des Kindes kann unter Umständen mit Sicherheit geschlossen werden, dass es unmöglich aus einem, wenn auch innerhalb der gesetzlichen Conceptionszeit, so doch relativ zu spät geschehenen Beischlafe entstammen kann. [2]) Im Gegensatz zu den Motiven (IV, S. 655) hat also die schliessliche Fassung des Bürgerlichen Gesetzbuches in dieser, im gemeinen Rechte streitigen Frage sich für die bejahende Ansicht entschieden.

[1]) Vgl. Jahrb. für Nationalökonomie und Statistik N. F. VIII S. 252 (Jahrg. 1894).

[2]) Nehmen wir z. B. den Fall, dass eine Frau während monatlicher Abwesenheit ihres Mannes ehebrecherischen Verkehr gepflegt hat, nach dessen Rückkehr der Mann, ohne dass dieser von der bereits begonnenen Schwangerschaft Kenntniss hatte, wieder mit ihr in ehelichen Verkehr trat, worauf die Frau etwa am 181. Tage nach der Rückkehr des Mannes

Vage Vermuthungen, Unwahrscheinlichkeit z. B. wegen anscheinender Unähnlichkeit oder Aehnlichkeit des Kindes sind natürlich bei der Fassung des Gesetzes („offenbar unmöglich") ausgeschlossen; doch ist die freie Beweiswürdigung in der Zulassung der einzelnen Umstände, die zum Gegenbeweis benutzbar sind, durch jene lediglich eine strenge Beweiswürdigung fordernden Worte nicht beschränkt.

In dem Falle (ad b), dass die Empfängnissperiode ganz oder theilweise vor der Ehe liegt, wird der Gegenbeweis noch dadurch erleichtert, dass die Vermuthung der Beiwohnung wegfällt, wenigstens wenn, was die Regel sein dürfte, der Mann selber die Ehelichkeit bestreitet. Dagegen ist die Lage des Mannes, wenn er eine Anticipation der Beiwohnung zugeben muss, in diesem Falle nicht einfach die des als ausserehelichen Vaters in Anspruch genommenen Concumbenten; denn er hat nicht, wie letzterer (§ 1717) die *exceptio plurium*; vielmehr befreit auch ihn nur der Nachweis der Unmöglichkeit der Vaterschaft, oder mit andern Worten: die Möglichkeit, dass er Vater des Kindes ist, stempelt ihn juristisch zum wirklichen und zwar zum ehelichen Vater, auch wenn das Kind vor dem 183. Tage nach der Hochzeit geboren ist.[1])

Eine wichtige praktische Einschränkung des Gegenbeweises gegen die gedachte Ehelichkeitsvermuthung ist aber durch die höchst formelle Regelung der Geltendmachung der Unehelichkeit im B.G.B. gegeben. Nach § 1593 kann nämlich die Unehelichkeit eines Kindes, das während der Ehe oder innerhalb 302 [2]) Tagen nach Auflösung der Ehe geboren ist, nur geltend gemacht werden, wenn der

ein völlig reifes 9 Monatskind zur Welt bringt. (Seuffert, VI 210, XXI 9, XI 11, XX 9, XXI 8, XII 161). Eine Rechtspflege oder Gesetzgebung, die in solchen Fällen dem Ehemanne auch die Vaterschaft des Bastards aufzwingen möchte, verstiesse gegen jedes gesunde Gefühl, und es ist schon bedauerlich genug, dass die Commission I (Mot. IV 655) solchen Mangel an gesundem Rechtsgefühl aktenkundig gemacht hat.

[1]) Nach gemein. Recht hielt dies schon für richtig Stinzing, Jahrb. für Dogm. IX 5. Dagegen Hölder, Pand. § 24 S. 111 und 5.

[2]) Kommt auch in diesem Falle dem Kinde die Ausnahme des § 1592 Abs. 2 (individuelle Festsetzung einer längeren Conzeptionszeit) zu Gute? Man muss es, ungeachtet der ungünstigen Stellung der fr. Be-

Mann die Ehelichkeit angefochten hat, oder, ohne das Anfechtungsrecht verloren zu haben, gestorben ist. Unter Anfechtung aber versteht das B.G.B.:

a) Bei Lebzeiten des Kindes eine gegen dieses zu richtende negative Feststellungsklage (Präjudicialklage), die es als „Anfechtungsklage“ schlechthin bezeichnet (§ 1596).

Für den Process ist natürlich dem Kinde ein Pfleger, (*curator litis*) zu bestellen (§ 1909). (Motive IV, S. 670.) Die in erster Linie interessirte Mutter kann als Nebenintervenientin (§ 63 C.P.O.) ihre und des Kindes Rechte im Processe überwachen. Bis zur Erledigung des Processes kann die Unehelichkeit nicht anderweit, also auch nicht von etwa an der Thatsache rechtlich interessirten Dritten geltend gemacht werden (§ 1596 Abs. 3). Dagegen kann, wenn durch das auf die Anfechtungsklage ergehende Urtheil die Unehelichkeit des Kindes rechtskräftig festgestellt ist, sich jeder Dritte darauf berufen, Wirkung eines Urtheils *in rem* (*extra partes*). Uebrigens wird eine Novelle zur C.P.O. (Denkschrift Anl. II § 592 a Abs. 2, 3) für diese Processe besondere Vorschriften über Wirkung eines Anerkenntnisses, gerichtliches Geständniss und Eideszuschiebung bezw. Eideserlass im Sinne einer Beschränkung der Verhandlungsmaxime schaffen. Insbesondere soll auch der in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Ehemann für diese Anfechtungsklage processfähig sein. (§ 1595 Abs. 1.) Für einen geschäftsunfähigen Mann kann mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes sein gesetzlicher Vertreter die Ehelichkeit anfechten. Abgesehen davon kann die Anfechtungsklage von keinem Vertreter angefochten werden, auch nicht vom *curator absentis*.[1])

stimmungen (§ 1593 folgt unmittelbar auf diese Ausnahme, ohne sie zu erwähnen), doch wohl bejahen. Es ist anzunehmen, dass der Gesetzgeber bei Wiederholung der Regel auch die Ausnahme hat stillschweigend wiederholen wollen. Allerdings wieder ein Charakteristikum einer Redaction, die stellenweise Selbstverständlichkeiten wiederholt, stellenweise durch Aposiopesen räthselhaft wird.

[1]) So schon nach gem. R., vgl. Bekker, Pand. I S. 188. Seuff. Arch. I 164 für das B.G.B., vgl. Mot. IV S. 668 zu § 1474.

b) Nach dem Tode des Kindes genügt[1]) als Anfechtung eine in öffentlich beglaubigter Form abzugebende Erklärung des Ehemanns gegenüber dem Nachlassgerichte (§ 1597).

Diese Anfechtung der Ehelichkeit kann aber nur binnen Jahresfrist von dem Zeitpunkte ab erfolgen, in welchem der Mann die Geburt des Kindes erfährt.

Ausgeschlossen wird die Anfechtung der Ehelichkeit durch Anerkennung des Kindes als ehelichen seitens des Mannes nach der Geburt. Doch unterliegt eine solche Anerkennung, die nicht unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung erfolgen kann (*actus legitimus, qui non recipit diem vel conditionem*) wieder den allgemein für Rechtsgeschäfte zulässigen Anfechtungsklagen (wegen Irrthums, Täuschung, Zwang), nur dass auch auf diese Anfechtungsklagen wieder die Vorschriften der §§ 1595—1597 entsprechende Anwendung finden (§ 1599). — Liegt in der Anzeige der Geburt des Kindes beim Standesamte eine Anerkennung?

Die Motive IV S. 666 meinen, es hänge von der Beurtheilung des einzelnen Falles ab. Bekker, Pand. I § 56, Beil. I, S. 186 c: „Ist die Eintragung auf Anzeige des Ehemannes geschehen, so kann ihm selber die Verleugnungsklage nur unter besonderen Umständen gestattet werden, z. B. wenn er behaupten könnte bei der Anzeige wahnsinnig gewesen zu sein.“ Allein jedenfalls ist ihm die Anfechtung der etwa darin zu befindenden Anerkennung auch wegen Irrthums (§ 119) zu gestatten.

c) Für den Fall, dass der Mann gestorben ist, ohne das Anfechtungsrecht verloren zu haben, steht es nach dem Bürger-

[1]) Doch wird in diesem Falle eine positive Klage auf Feststellung der Ehelichkeit und Rücknahme der Erklärung gegen den Ehemann Jedem, der ein rechtliches Interesse daran hat, nicht abzusprechen sein. Freilich Gesetz und Motive schweigen. Doch „soll das Nachlassgericht die Erklärung sowohl demjenigen mittheilen, welcher im Falle der Ehelichkeit als auch demjenigen, welcher im Falle der Unehelichkeit Erbe des Kindes ist, und hat die Einsicht der Erklärung Jedem zu gestatten, der ein rechtliches Interesse glaubhaft macht (§ 1597 Abs. 2). Die Anfechtung allein hat auch nicht die Wirkung einer rechtskräftigen Feststellung durch Urtheil.

lichen Gesetzbuch (vgl. Denkschrift S. 322) nicht nur den Erben, sondern einem Jeden, der ein rechtliches Interesse daran hat, zu, die Unehelichkeit des Kindes und zwar nach Massgabe der allgemeinen Grundsätze (mittels Feststellungs-, auch Incidentfeststellungsklage) geltend zu machen.

„Ein uneheliches Kind und dessen Vater", sagt zwar § 1589 B.G.B. ausdrücklich, „gelten nicht als verwandt." Dennoch ist dieser gesetzliche Ausspruch nicht wahr. Es muss vielmehr auch zwischen dem unehelichen Kinde und dessen Vater eine (aussereheliche) Verwandtschaft anerkannt werden, einmal als *legis ratio* der Unterhaltsverbindlichkeiten der §§ 1708 ff., sodann als thatsächliche Voraussetzung für die Möglichkeit der Legitimation, sei es durch nachfolgende Ehe, sei es durch Ehelichkeitserklärung; ferner wird sie ausdrücklich vom Gesetze anerkannt beim Eheverbot wegen zu naher Verwandtschaft (§ 1310).

Zwischen zwei Personen kann sowohl in der geraden wie in der Seitenlinie eine mehrfache Verwandtschaft bestehen, sei es nun, dass zwei Verwandte (z. B. Geschwisterkinder) sich geheirathet und Kinder gezeugt haben, oder dass zwei Personen, die unter sich nicht verwandt waren, aber einen gemeinsamen Verwandten haben, sich geheirathet und Kinder gezeugt haben (z. B. ein Witwer hat nach dem Tode der ersten Frau deren Schwester geheirathet, die Kinder aus beiden Ehen bzw. deren Kinder u. s. w. sind unter einander mehrfach verwandt").

Die wichtigsten Rechte, die mit der Verwandtschaft gegeben sind, werden, soweit sie überhaupt ins Privatrecht und nicht, wie das Recht der Zeugnissverweigerung ins Prozessrecht gehören, im Familienrecht und Erbrecht darzustellen sein.

II. Schwägerschaft. Schwägerschaft oder Affinität bedeutet im römischen Recht das Verhältniss, in das eine Person zu den Cognaten ihres Ehegatten tritt. Bisweilen werden auch die Ehegatten selber oder gar schon Verlobte zu den *affines* gezählt. (*l.* 8 *D. de cond. c. d. c. n. s.* 12, 4. *l.* 38 § 1 *de usur.* 22, 1. *l.* 84 *D. de i. dot.* 23, 3).

Nach *l.* 4 § 5 *D. de gradibus* 38, 10. „*gradus autem adfinitatis nulli sunt.*“

Das Bürgerliche Gesetzbuch definirt Schwägerschaft, wie das römische Recht (§ 1590). Es kennt aber Grade derselben, indem es die Grade der sie vermittelnden Verwandtschaft zählt; auch unterscheidet es, wie bei der Verwandschaft Verschwägerung in gerader Linie (Schwiegereltern, Schwiegerkinder) und Seitenlinie (Schwager, Schwägerin). Rechtliche Bedeutung hat die Schwägerschaft nur in den nächsten Graden und zwar als Ehehinderniss und Grund zur Zeugnissweigerung.

Die Wirkung dauert fort, auch wenn die Ehe, durch die die Schwägerschaft begründet ist, aufgelöst ist.[1]) Das Bürgerliche Gesetzbuch kennt auch eine aussereheliche Schwägerschaft, die durch aussereheliche Geschlechtsgemeinschaft begründet wird (§ 1310 Abs. 2), allerdings nur in gerader Linie, als aufschiebendes Ehehinderniss.

III. Haus oder Familie ist ein Rechtsbegriff, auf dem sich fast das ganze ältere römische Privatrecht aufbaute, sprachlich zunächst die Wohnstätte, das Haus, aber nicht im natürlichen Sinne (*domus*), sondern im wirthschaftlichen und juristischen Sinne, zerfiel er in 1. einen Kreis freier, durch die Gewalt des *pater familias* mit einander verbundener Personen, 2. einen Kreis von Sklaven, die in derselben Gewalt standen, 3. einen Kreis von Vermögensrechten (Beisp. *actio familiae erciscundae*), 4. einen Kreis verwandter Personen.[2])

Im späteren römischen und darnach im gemeinen Rechte haben nur die Kreise 1. und 4. praktische Bedeutung behalten.

Die Wirkung der römischen Hausgewalt (*patria potestas*) welche ursprünglich eine den Römern ganz specifisch eigenthümlich vollständige Herrschaft (*jus vitae ac necis*) war,

[1]) Vgl. Regelsberger Pand. I § 73 S. 284 Nr. 3 Mot. 6. Natürlich entsteht keine Schwägerschaft, wenn die Ehe ungültig war, bzw. mit Erfolg angefochten worden ist. Auflösung der Ehe ist Auflösung der rechtlich gültigen Ehe durch Tod, Scheidung oder in Folge von Todeserklärung.

[2]) Vgl. v. Ihering. Entwickelungsgeschichte des röm. Rechts, S. 50 ff.; Geist des röm. Rechts I § 13 S. 177 ff.; Bekker, Pand. 1 § 57

schloss die Vermögensfähigkeit der ihr unterworfenen freien Personen, der Frau in der *manus*-Ehe wie der Kinder aus. Der Erwerb eines Hauskindes fiel *ipso jure* an den Vater. Auch wenn der Vater dem Hauskinde Vermögen zur eigenen selbständigen Administration und Wirthschaft übergab, *peculium profecticium*, blieb dieses rechtlich sein Eigenthum. Doch haftete der Gewalthaber für die Schulden des Hauskindes bis zum Betrage des *peculium*. Weitergehende vermögensrechtliche Selbständigkeit verliehen die castrensischen und quasicastrensischen *peculien*, neben denen noch das *peculium adventicium* in Betracht kam. Nach Ansicht vieler Pandektisten[1]) wäre schliesslich auch der mit dem justinianeischen Rechte recipirte Rest der Vermögensunfähigkeit in Deutschland weggefallen. Allerdings kommt ein römisch-rechtliches[2]) *peculium profecticium* schwerlich noch vor; denn es gehörte durchaus nicht Alles dahin, was das Kind von Sachen des Vaters in den Händen hatte, namentlich nicht, was ihm nur der Alimentation wegen gegeben ist (*L.* 4 *D. de peculio* 15, 1), sondern nur solches väterliches Vermögen, das der Vater dem Sohne durch freiwilligen Rechtsact, *concessio peculii*, zur selbständigen Verwaltung und Bewirthschaftung überlassen hat und was der Sohn hinzu erwirbt. Bei den Römern war dies sehr gewöhnlich, da bei ihnen der Haussohn auch durch Führung eines selbständigen Haushaltes oder Gewerbes nicht *sui juris* wurde. Allein in Deutschland wurde eben derjenige, der einen selbständigen Haushalt führte, *separata oeconomia*, zufolge der sog. *emancipatio Saxonica sui juris*. Dagegen war jedenfalls noch der römischrechtliche Begriff der *persona alieni juris* praktisch, abgesehen von dem *S. C. Macedonianum*, sofern Verträge zwischen Vater und Kind, — es sei denn, dass für bestimmte Verträge, wie Abfindungs-, Leibzuchtverträge eine besondere deutschrechtliche Ausnahme zugelassen worden — ungültig waren.[3])

Dem Bürgerlichen Gesetzbuch ist eine die Rechtsfähig-

[1]) Regelsberger § 69 III S. 271.

[2]) Ueber eine bloss analoge Verwendung des Ausdruckes siehe oben S. 108.

[3]) Sog. Prinzip der Personeneinheit, *unitas personarum*, vgl. Wächter, Pand. II § 255 S. 630.

keit beschränkende Hausunterthänigkeit fremd. An Stelle der römischrechtlichen väterlichen Gewalt kennt es nur eine elterliche Gewalt, die unter Umständen auch der Mutter zusteht, die aber einen rein vormundschaftlichen Charakter hat. Auch das mit derselben in Verbindung stehende Recht der elterlichen Nutzniessung ist keineswegs als ein Recht der römischen *patria potestas* anzusehen, sondern entspricht dem Entwicklungsgange des deutschen Rechtes, das mit dem väterlichen Mundium von jeher die Nutzniessung mit dem Vermögen des Kindes verbunden hatte. Ein Unterschied der Personen als *personae sui* und *alieni juris juris* ist nicht mehr vorhanden. Das Hauskind ist nicht minder vermögensfähig wie das gewaltfreie Kind. Mit der Anerkennung der vollen Vermögensfähigkeit des Hauskindes ist auch dem sog. Principe der Personeneinheit d. h. dem Satze des römischen Rechtes, dass weder durch Rechtsgeschäfte noch durch andere juristische Thatsachen zwischen dem Hausvater und dem Hauskinde eigentliche Rechtsverhältnisse begründet werden können, jeder Boden entzogen (Mot. IV S. 792).

Dritter Abschnitt.

Juristische Personen.[1])

A. Allgemeines.

§ 1.

Begriff, Wesen und Arten der juristischen Personen.

Es gab eine Zeit, in der man das, was man heute juristische Person nennt, „mystische" Person nannte. In der That möchte man ironisch auch heute noch der letzteren Bezeichnung den

[1]) Literatur: v. Ihering, Zweck im Recht I S. 295—315, S. 463—465; Geist des römischen Rechts III 1 S. 389 ff. (Aufl. 3); Brinz, Pand. 1. Aufl. 2. Abh. S. 379 ff., 2. Aufl. Bd. 3 S. 432 ff.; Salkowsky, Zur Lehre von den jurist. Personen 1863; Böhlau; Rechtssubject und Personenrolle 1871; Zitelmann, Begriff und Wesen der sog.

Vorzug geben, wenn man den Mysticismus im Auge hat, der uns in vielen sonst leidlich rationellen und nüchternen Lehrbüchern der Pandecten und des Privatrechts entgegenwirbelt, sobald wir an die Darstellung dieser Lehre treten. Fast wird man an den niemals ganz beigelegten dialectischen Streit der mittelalterlichen Scholastiker über Nominalismus und Realismus der Begriffe erinnert, und in der That durchschaut der Kenner der Geschichtsphilosophie sofort, dass es sich nur um ein juristisches Nachspiel dieses Streites handelt, wenn in erster Linie darüber gestritten wird, ob und wie weit die sog. juristische Person ein bloss fingirtes, imaginäres oder ein wirkliches Wesen sei. Man könnte sich versucht fühlen, mit dieser Bemerkung den ganzen theoretischen Nebel, der sich in vielen Lehrbüchern über die begriffliche Construction der juristischen Personen breitet, für beseitigt zu halten und diese Streitfragen auf eine reinliche Scheidung der Disciplinen dringend, in die Rechtsphilosophie zu verweisen und streng auf positiv-dogmatischem Boden bleibend, lediglich an das oben in § 2 (S. 74) Gesagte anknüpfen. Im positiven Sinne, nicht im rechtsphilosophischen (naturrechtlichen), setzt ein subjectives Recht und die Rechtssubjectivität selber das objective Recht voraus. Wie die souveräne Rechtsallmacht des Staates (die Rechtsgeschichte beweist es) Menschen die Eigenschaft, Rechtssubjecte zu sein, absprechen und sie zu Sachen degradiren konnte, so kann dieselbe Souveränität auch Thieren, ja Sachen, ja selbst imaginären Wesen (Göttern, Begriffen) Rechtssubjectivität zuerkennen.

jurist. Personen 1873; Bolze, Der Begriff der jurist. Person 1879; Burkhard, in Grünhuts Zeitschrift Bd. 18 n. 1; G. Rümelin, Methodisches über jurist. Personen 1891. Zweckvermögen 1892; Regelsberger, Pand. I § 75—93; Bekker, Pand. I § 59—70; Hölder, Pand. I § 26—28; Bierling, Zur Kritik der jurist. Grundbegriffe II S. 91 ff.; Puchta, in Weiskes Rechtslexikon, Art. Corporation; Savigny, System II § 85—102; Gierke, Deutsches Privatrecht I 58—78; ders., D. Genossenschaftstheorie und deutsche Rechtsprechung (1887); Holtzendorff, Rechtslexikon, Art. Jurist. Person; Merkel, Encyclopädie § 186—190; Windscheidt, Pand. I § 57—62; Dernburg, Pand. § 59—66; Francesco Forlani, *delle persone giuridiche, studio critico*, Bologna 1871; Giorgio Giorgi, *la dottrina delle persone giuridiche* 1889—1892 3. Bde.

Das heutige positive Recht erkennt nun zwar einerseits allen Menschen als physischen Personen die Rechtssubjectivität zu, ausserdem aber auch gewissen imaginären Wesen, Rechtsbegriffen, und letztere nennt man dann, da sie blosse Erzeugnisse des positiven Rechtes sind, juristische Personen.

Allein diese bequeme Abfertigung, die im Wesentlichen auf eine vorbehaltlose Billigung der alten sog. Fiktionstheorie hinausliefe, der zufolge denn auch nichts dagegen einzuwenden wäre, innerhalb des Privatrechts unter Umständen eine Dachtraufe oder ein Stück Papier, nämlich ein Inhaberpapier zur „juristischen Person" zu fingiren, [1]) würde uns mit Recht den Vorwurf der Unwissenschaftlichkeit zuziehen. In der That ist die Lehre von den juristischen Personen eine Stelle, an der auch die Civilrechtswissenschaft ihrer philosophischen Grundlagen sich bewusst werden muss, wenn anders sie eine begrifflich klare Verarbeitung des positiven Rechtsstoffes sein soll. Die Souveränetät des Gesetzes findet ihre Grenze an den Gesetzen der Natur und des Geistes, also auch an der Logik, sie kann die Sprache meistern, aber nicht die Begriffe. Die Schuld an dem Mysticismus, der durch die rechtsphilosophische Auffassung der juristischen Person vielfach in die sonst leidlich begriffsklare Civilrechtslehre hineingebracht worden ist, besonders von Seiten einzelner Germanisten, liegt nicht an der Rechtsphilosophie an sich, sondern an einer logisch und ontologisch (sachlogisch) unzulänglichen, nebelhaften Denkweise.

Den äussersten Gegensatz zu jener älteren romanistischen Theorie, der zufolge es sich bei der juristischen Person um ein bloss juristisches Gedankengebilde handelt, bildet die neuerdings hauptsächlich von Gierke und Regelsberger vertretene Behauptung, dass die juristischen Personen „wirkliche Wesen", „wirkliche, nicht bloss erdichtete Personen", [2]) „ebenso wenig, wie die Einzelpersonen eine Schöpfung des positiven Rechts" [3]) sind. Fragt man dann, was sie sind, so erhält man zur Antwort: „sociale Organismen", „sociale Lebenscentra", „aus dem dauernden Zusammenwirken der Einzel-

[1]) Wie dies in der That seitens einzelner Dogmatiker geschehen ist.

[2]) Gierke, D. Privatr. S. 470.

[3]) Ebenda S. 471.

willen zur Verwirklichung des Gesammtzwecks entsteht ein neuer Wille, der Gesammtwille, wie aus vielen Rinnsalen ein Strom",[1] (so bei der Corporation oder Verbandspersönlichkeit), „erstarrter Einzelwille",[2] „selbständiger gesellschaftlicher Organismus, dessen Seele (!) der in ihm fortwirkende Wille des Stifters und dessen Körper der zur Verwirklichung dieses Willens hergestellte Verband von Menschen bildet", „lebendige Willensträger",[3] „der Stifter hat dem Wesen das Leben gegeben, es ist sein Kind, aber das Kind hat sein eigenes Leben".[4] Schon die poetischen Ausdrucksformen dieser Anschauungsweise müssen uns gegen ihre wissenschaftliche Anerkennung bedenklich machen. Geht man ihren tieferen Motiven nach, so findet man ihren Ursprung in jener unklaren antiindividualistischen Denkweise, die auch sonst mit Worten, wie „Volksseele", „unbewusstem allgemeinen Rechtsgefühl", z. B. bei der Lehre vom Gewohnheitsrecht, oft ganz berechtigten Tendenzen einen mehr gefühlvollen, als logischen Ausdruck verleiht. So wird z. B. die Haftung der juristischen Person für Delicte ihrer Vertreter aus ihrer thatsächlichen Handlungsfähigkeit gefolgert, ein an sich selbst richtiger Satz auf Grund einer falschen Prämisse. — Oder aber es handelt sich schliesslich nur um einen durch den bedenklichen Gebrauch aus anderen Wissenschaften entlehnten nur gleichnissweise verwendbarer Worte, wie „Organismen", „Organisation", verursachten Wortstreit, der sofort schwinden würde, wenn man sich geeinigt hätte über die Tragweite der Worte „Person", „lebendiges Wesen", „Organismus". Denn schliesslich müssen doch auch diese lebhaften Gegner der alten Fictionstheorie zugeben, dass ihre „Wesen", ihre „Lebenscentren" blosse Abstractionen sind, während andererseits nicht zu leugnen ist, dass innerhalb der Rechtswelt auch den blossen Begriffen und Institutionen eine Wirklichkeit, d. h. ein wirkendes Sein zukommt, dass auch der Gedanke eine Macht ist.

Für uns deckt sich die Frage nach dem Wesen der

[1]) Regelsberger, Pand. S. 291.

[2]) Meurer, Begriff und Arten der geheiligten Sachen I S. 89.

[3]) Gierke, D. Privatr. I S. 647.

[4]) Regelsberger, Pand. I S. 293.

juristischen Person mit der Frage nach ihrem Zweck. Wir können insofern, zumal innerhalb des Privatrechts, von einem individualistischen Ausgangspunkt nicht loskommen, als wir an dem Satze der alten Römer festhalten: *Hominum causa omne jus constitutum est.*“ [1]) „Alle Rechtssätze, mögen sie dem Privatrecht, Strafrecht oder öffentlichen Recht angehören, haben den Menschen zum Zweck.“ [2]) Ist uns nun Person nichts anderes, als der Mensch als Selbstzweck betrachtet, so liegt auf der Hand, dass die juristische Person keine eigentliche Person sein kann, sondern nur in übertragener Bedeutung Person heisst, nur in der Rechtswelt, — die als ganzes einschliesslich den Staat, ihr letztes Fundament, lediglich den Zwecken der Einzelmenschen dient, — als Person fungirt, dass also die Fictionstheorie der Wahrheit immer noch näher steht, als die Theorie, die ihr in überschwenglicher Werthschätzung eines blossen Rechtsgebildes eine dem Einzelmenschen gleiche, ja höher stehende Existenz beilegt.

Was der Fictionstheorie vorzuwerfen war, war lediglich der vollständige Mangel an einer Aufklärung über die gesellschaftliche Nothwendigkeit der Thatsache, dass in der Rechtswelt blosse Gebilde der juristischen Organisation scheinbar als Selbstzwecke gelten, ein Mangel, der mit der formalistischen Verkennung des substantiellen Moments im subjectiven Rechte zusammenfällt. Die Fictionstheorie war formalistisch, wie ihre moderne Gegnerschaft mystisch ist.

Um die Frage zu beantworten, wozu ist die juristische Person da, müssen wir das menschliche Leben in seiner Totalität auffassen. Die Zwecke desselben zerfallen in zwei grosse Gruppen: 1. in rein individuelle, 2. in gemeinschaftliche Zwecke.

1. Schon die rein individuellen Zwecke, die Zwecke der egoistischen Selbstbehauptung [3]) führen unbewusst zu einer

[1]) *l. 2 D. de statu hominum* 1, 5 (Hermogenianus). Ja, als Juristen sind wir sogar berechtigt, diesen Gedanken der Zweckbestimmung auf die Natur zu übertragen. *l. 28 § 1 D. de usuris* 22, 1: *omnes fructus natura hominum causa comparavit.*

[2]) v. Ihering, Zweck im Recht I S. 463 (2. Aufl.).

[3]) „Ich bin für mich da.“ „Die Welt ist für mich da.“ Vgl. v. Ihering, Zweck im Recht I Kap. V.

gegenseitigen Förderung und zu dem Ende zu einer gewissen unbewussten Combination der Kräfte zu einer gesellschaftlichen Mechanik durch Tauschverkehr (Vertrag) und sonstige egoistische Hebel (Lohn u. s. w.) des Verkehrs.[1]

2. Die gemeinschaftlichen Zwecke sind solche, die über die Kräfte des einzelnen Individuums hinausgehen, es bedarf einer bewussten Combination der Einzelkräfte, um sie zu erreichen. Während die unbewusste Kräftecombination vor allem den Gegenstand der politischen Oeconomie (Volkswirthschaftslehre) bildet, beginnt das Interesse des Juristen erst mit der bewussten Combination, das wirthschaftliche Naturgesetz entwickelt sich hier zum Rechtsgesetz. (Man wird dabei an die sog. Allotropie chemischer Stoffe, die bekanntlich durch eine Aenderung der Atomlagerung erklärt wird, erinnert.) Die primitivste und einfachste Form einer solchen bewussten Combination ist die Societät, der Gesellschaftsvertrag. Hier sind so viele Rechtssubjecte als einzelne physische Personen vorhanden. Demgemäss werden auch Rechte und Pflichten von Jedem und gegen Jeden in Anspruch genommen, zur Verfolgung der Rechte (Zwecke) müssen Alle gemeinschaftlich handeln, wie auch umgekehrt Alle einzeln belangt werden müssen, wenn aus ihren Verpflichtungen Ansprüche gegen sie geltend gemacht werden sollen. Da demnach volle bewusste Einstimmigkeit der *socii* erforderlich ist,[2] so ist klar, dass diese Form der Combination mit sich steigernder Anzahl um so unvollkommener wird. Die Societät erweist sich als ungeeignet sowohl für Zwecke, die eine grössere Anzahl von Theilnehmern erfordern, wie für solche, die dauernder Art sind. Zwecke der letzteren Art nun, Zwecke, deren eigenthümliche Natur eine möglichst grosse Anzahl von Theilnehmern erwünscht sein lässt, können zunächst durch eine juristisch ungeregelte Art der Combination verfolgt werden. Derartige unorganisirte Zwecke sind z. B. die zahlreichen politischen, religiösen und sonstigen Parteien (literarische, gesellschaftliche u. s. w.), bei denen ein zwar bewusstes, aber

[1]) Vgl. Kuhlenbeck, Der Check § 1—5.

[2]) § 4 J. III 25. *Manet autem societas eo usque donec in eodem consensu perseveraverint.*

nicht juristisch geregeltes Zusammenwirken nach bestimmten Richtungen stattfindet.

Es liegt aber auf der Hand, dass alle solche Zwecke nach einer gewissen Disciplinirung und Ordnung der für sie interessirten Personen dringen müssen, wenn sie mit Erfolg erstrebt werden sollen. Es ergiebt sich für sie das Problem, die Summe der Einzelkräfte unter einer einheitlichen Leitung zusammenzufassen und nach Aussen hin als einheitliche Kraft wirken zu lassen. Und dieses Problem kann nur durch eine Unterordnung der Einzelnen unter einen einheitlichen Willen erreicht werden. Die richtige Form für diese Unterordnung zu finden, ist Sache der juristischen Technik.

Diese braucht keineswegs sofort auf die juristische Person zu kommen. Vielmehr ist der nächste Gedanke der einer fiduciarischen Bevollmächtigung einer einzelnen physischen Person, zu deren Gunsten die Uebrigen formell d. h. juristisch auf ihre active Mitberechtigung verzichten, indem sie ihn zum gemeinschaftlichen Rechtsträger machen. Dies ist das technische Auskunftsmittel des Treuhänders (*trustee* im englischen Recht). Hier zuerst treten die beiden Momente des subjectiven Rechts, das substantielle und formelle auseinander, oder vielmehr, das Wesen tritt und zwar im eigenen Interesse ganz hinter der Form zurück, — *la forme emporte le fond* —, so sehr, dass es sich durch dieselbe zu verneinen scheint. Das subjective Recht löst sich von seinem eigentlichen psychologischen Subject, dem Interesse ab, der Rechtsträger trennt sich vom Destinatär des Rechts.

Diese technische Lösung des Problems: „Einer für Alle“ (Alle für Einen) durch fiduciarische Uebertragung der Rechte (des *power*) auf eine bestimmte physische Person vertritt heute noch in vielen Ländern, z. B. im Gebiete des englisch-amerikanischen Rechtes, wo die Lehre von den juristischen „Personen“ keineswegs eine solche Ausbildung erfahren hat, wie bei uns, vor allem bei Stiftungen, Anstalten das Auskunftsmittel der juristischen „Person“.[1]) Die Schwäche dieses

[1]) Vgl. Kohler, Arch. für bürgerl. R. III S. 269 ff. Beispielsweise wird das Stiftungskapitel einem Grundbesitzer übertragen, der dafür seine

Auskunftsmittels liegt in der bloss fiduciarischen Sicherung des Zweckes,[1] alles hängt von der Ehrlichkeit des einen physischen Rechtsträgers ab, auch muss beim Tode desselben stets ein neuer gestellt werden.

Die Idee der juristischen Person ist nur ein weiterer technischer Fortschritt dahin, die physischen Personen lediglich mit der Disposition über die Rechte zu betrauen, diese selber aber auf ein bloss zugedachtes Rechtssubject zu übertragen, die ursprüngliche natürliche Einheit des Rechtssubjects als Destinatär, Träger und Disponent des Rechts zerfällt jetzt in drei Theile. Der bloss gedachte, imaginäre Rechtsträger ist die sog. juristische Person.

Die juristische Person ist demnach nichts anderes, als ein specifisch-juristisch-technischer Mechanismus (Apparat, Rechtsinstrument), geschaffen zur Verfolgung von dauernden Zwecken, die entweder nur durch eine Mitwirkung von einer grösseren Mehrheit von Personen zu erreichen sind oder einer unbestimmten Anzahl von Personen zu Gute kommen sollen.

Sie als Person zu bezeichnen verstösst insoweit gegen den von uns aufgestellten Begriff der Person, als sie nicht Selbstzweck, sondern Mittel zum Zweck ist. Jede juristische Person ist nur der Individuen wegen da.

Hiernach stehen wir in unserer Auffassung allerdings der sog. organischen Fictionstheorie näher, als der sog. organischen Theorie.[2] Darum aber erscheint uns die juristische Person nicht als ein „Nichts oder Schemen“,[3] vielmehr ist sie, wie jedes technische Instrument, ein reelles sociales Machtmittel.

Grundstücke verpfändet und die Zinsen für den Stiftungszweck zu verwenden hat in Form einer ewigen Grundrente. Er wird der *Trustee* Salmann, Fiduciar, Lehnsträger, *provasallus.*

[1]) Vgl. Perry, *a treatise on the law of Trust and Trustee.* § 2. *Trust = an obligation upon a person arising out of a confidence reposed in him to apply property faithfully and according to such confidence.*

[2]) Regelsberger, Pand. I S. 291.

[3]) Die eigentliche Fiction ist eine „technische Nothlüge“, erfunden zur Fortbildung des starren Rechtes, eigentlich nur ein äusseres Gewand, in dem die analoge Ausdehnung auftritt. Vgl. v. Ihering, Geist des

Das Verhältniss der Destinatäre zu der juristischen Person kann nun ein zweifach verschiedenes sein, und darnach ergeben sich die beiden bekannten Hauptarten der juristischen Person

röm. Rechts IV S. 293 ff. Demgegenüber erscheint die juristische Person als ein technisches Erzeugniss der juristischen Abstraction und der gestaltenden höheren Jurisprudenz; während die Fiction ein unbehülfliches Mittel der niederen Jurisprudenz ist, ist die juristische Person eine gedankliche Construction von Rechtsverhältnissen (v. Ihering, Geist des röm. Rechts III S. 366 ff.) — Unterstützt wird diese gedankliche Technik allerdings durch einen Verdinglichungstrieb bzw. Personificationstrieb des menschlichen Geistes, „nicht menschliches menschlich, unpersönliches persönlich zu denken" (Brinz, Pand. I § 59). Das wissenschaftliche Denken muss sich freilich hüten, wenn es durch diesen die Sprache beherrschenden und gestaltenden Trieb unterstützt wird, das Gleichniss für das Wesen der Sache zu nehmen. Gewiss ist auch die Bezeichniss der juristischen Person als Werkzeug, Apparat, technisches Instrument nur ein Gleichniss. Wir ziehen nur dieses Bild dem Bilde des Organismus vor, um das mit letzterem verknüpfte falsche *tertium comparationis* abzuwehren, worauf die organische Theorie den Hauptwerth legt, als ob die juristische Person sozusagen ihre eigene Seele habe und um ihrer selbst willen da sei. Wenn man von diesem *tertium comparationis* absieht, lässt sich auch nichts gegen die Bezeichnung „Organismus", „Organisation" einwenden. Die grösste Verwirrung haben diese Analogieen auf dem Gebiete des Staatsrechtes angestiftet; gewiss ist nicht zu verkennen, dass die Analogie viele fruchtbare Gesichtspunkte zeitigen kann, dass insbesondere auch die sog. organische Staatslehre ihre Verdienste hat, aber sie führt, auf die Spitze getrieben, zu praktisch bedenklichen Konsequenzen. (Vgl. Combothera, *l'état en tant qu'organisme*, *Revue de droit public* 1896 Nr. 2) „Der Staatsbegriff selbst scheint uns wie eine mechanische, so auch eine organische Auffassung auszuschliessen. Im Staate finden sich die Einzelnen in einem Verhältnisse sowohl der Nebenordnung zu einander als auch der Unterordnung unter die Staatsgewalt, beide sind aber wesentlich juristische Beziehungen, wo die geistige Einheit einfach eine Folge des gesellschaftlichen Zusammenwirkens ist, wo also eine ethische Verbindung im Wege geschichtlicher Bildung eintritt, die nicht durch ein biologisches, sondern durch ein psychisches Band zusammengehalten wird. Die organische Theorie verkennt an der socialen Erscheinung gerade das, was an ihr im allermenschlichsten Sinne social ist. Könnte der Urheber des bekannten politischen Gleichnisses von den Beziehungen des Magens zu den Gliedern, das er auf den Kampf zwischen Patriziern und Plebejern angewandt hat, könnte Menenius Agrippa wieder in die Welt zurückkehren, so wüssten wir nicht, über was er mehr erstaunt wäre, ob über den Anblick einer Eisenbahn oder darüber, dass

die *universitas personarum*, Corporation, Verbandsperson einerseits und die *universitas bonorum*, Stiftung (Anstalt) andererseits.

Bei ersterer sind die Destinatäre zur Verfolgung des Zweckes activ mitberufen, sie sind zwar nicht mehr Theil — Nehmer, wie bei der Societät, der Art, dass Jeder zu einem Bruchtheil an den auf den Rechtsträger übertragenen subjectiven Rechten unmittelbare participirte, Miteigenthümer zu seiner bestimmten Quote wäre, die ihnen auch durch Austritt nicht verloren ginge, sondern Mit — Glieder, ihre Rechte sind mittelbarer, secundärer, nur interner Natur und

sein geistreicher Einfall zu einer wissenschaftlichen Theorie vom Staate umgewandelt ist" (Rossi, Die neuere Literatur des Verfassungsrechts, Krit. Vierteljahrschr. XXXIX 3. Aufl. 3. Bd. S. 21). „Die Staatsgewalt substantiell betrachtet, ist nichts als ein für gewisse sociale Zwecke ausgeschiedenes Quantum der Volkskraft (der physischen, geistigen, öconomischen) und zwar, wie kaum bemerkt zu werden braucht, stets ein ungleich kleineres, als dasjenige, welches auf Seiten des Volkes zurückbleibt. In quantitativer Beziehung ist also das Volk, der natürliche Träger der Macht, dem künstlichen Träger derselben: dem Staat stets überlegen. Aber das Verhältniss beider wird dadurch wesentlich umgestaltet, dass die Macht des Volkes blosse Substanz, die des Staates organisirt ist." (v. Ihering, Zweck im Recht I S. 316). Dasselbe gilt von allen juristischen Personen, deren umfassendste nur der Staat ist, es sind organisirte Zwecke. Will man dieser Auffassung den Vorwurf des Individualismus oder Atomismus machen, so bemerken wir mit Rossi a. a. O. S. 34, „Die individualistische Lehre beruht auf dem Grundsatze, dass das Recht in der Einzelpersönlichkeit wurzle, die entgegengesetzte Lehre auf dem Grundsatze, dass es in der Gesellschaft oder im Staate wurzle, während doch eine wahre realistische Schule lehren müsste, dass weder der Einzelne unabhängig von Staat und Gesellschaft alles Recht gründet noch die Gesellschaft oder der Staat unabhängig vom Einzelnen das Recht zu schaffen vermögen; denn es giebt weder eine Gesellschaft noch ein Individuum, die von einander unabhängig wären, sondern nur das gesellschaftliche Individuum, das politische Lebewesen, wie Aristoteles sagen würde. Jeder Begriff der Gesellschaft, des Staates, des Rechts muss sich nothwendig auf diese Thatsache gründen." Das Recht ist eben von vornherein ein Beziehungsbegriff, der das Zusammensein mehrerer Menschen voraussetzt, ein durch das Recht geschaffener unendlich complicirterer Begriff aber ist die juristische Person, keine Entität, sondern ein thatsächlich wirkendes Rechtsverhältniss (richtiger Rechtsinstitut).

gehen mit dem Austritt verloren, aber als Mitglieder sind sie zur Mitwirkung berufen, haben einen rechtlich normirten Einfluss auf die Verfolgung des Zweckes (Stimmrecht, Wahl u.s.w.) neben rechtlich garantirten Mitgenuss (Ge—nossen).

Bei letzterer sind die Destinatäre nur receptiv geniessend, auch braucht ihr Genussrecht kein durch Klage geschütztes Privatrecht zu sein.

Dagegen ist es verfehlt, den Unterschied der Corporation von der Stiftung, wozu freilich die Bezeichnung verleitet, und wie dies auch in der Regel geschieht, darauf zu stellen, dass für die erstere eine Anzahl physischer Personen, für die letztere aber ein Vermögen (*bona*) das „Substrat“, die „Unterlage“ bilde. [1])

B. Die Rechtsstellung der juristischen Person (nach Aussen).

§ 2.

Die Rechtsfähigkeit der juristischen Person.

Die Rechtsfähigkeit der juristischen Person ist bedingt durch ihre positivrechtliche Anerkennung, ausserdem durch die Natur der in Frage kommenden Rechte. Denn auch ein positives Gesetz könnte der juristischen Person gewisse Rechte z. B. Familienrechte nur in einer durch die Natur der Sache sehr beschränkten analogen (fictiven) Form beilegen.

In erster Linie massgebend für den Umfang der Rechtsfähigkeit, den das positive Recht der juristischen Person

[1]) Im Vorstehenden ist nicht näher eingegangen auf die Theorie von Brinz, der zufolge die juristische Person ein blosses Zweckvermögen ist. Der Verdienst der Brinzschen Ausführungen soll darum nicht verkannt werden, seine Stärke liegt in der berechtigten Kritik, sowohl des älteren rein formalistisch-positivistischen Fictionsdogmas als auch der germanistischen Mystik; aber es ist unrichtig, den Begriff auf das Zweckvermögen zu basiren, es giebt juristische Personen ohne bereits oder noch vorhandenes Vermögen, zudem ist es falsch, die juristische Person auf das Privatrecht zu beschränken. Mir unverständlich und daher einfach von mir übergangen ist die Theorie von den sog. subjectlosen Rechten.

beilegt, ist der Zweck. Hiernach bestimmt sich zunächst der Umfang des Personenrechts für die juristische Person. Die juristische Person theilt daher das Recht des Domicils. Ihr Domicil ist, wenn nicht ausdrücklich ein Anderes bestimmt ist (durch *lex specialis*, bezw. das staatlich genehmigte Statut), der Ort, an welchem die Verwaltung geführt wird (§§ 24, 80 B.G.B.). Die an den Wohnsitz anknüpfenden Vorschriften sind, soweit der Zweck es erfordert, auf juristische Personen entsprechend anzuwenden. Dies gilt besonders für den Gerichtsstand, wie für den Erfüllungsort obligatorischer Leistungen (§ 269 B.G.B.).

Die juristische Person theilt ferner mit der physischen das Recht am Namen. (Siehe II § 11 oben S. 154.)

Die Frage, ob der juristischen Person ein subjectives Recht auf Ehre zukomme, ist eine der ersten, für deren Beantwortung sich die rechtsphilosophische Anschauung ihres Wesens erheblich erweist. Von Gierke z. B. wird sie unbedenklich bejaht. Nach unserer Begriffsbestimmung sowohl der Ehre im subjectiven Sinne wie auch der juristischen Person liegt das Gegentheil zu Tage. Das praktische Interesse für diese Frage liegt nach heutiger Systematik allerdings im Strafrecht; denn dass eine juristische Person nicht den civilrechtlichen Folgen der sog. *turpitudo* ausgesetzt ist, dass für sie ferner nicht die aus Aberkennung bürgerlicher Ehrenrechte resultirenden rein civilrechtlichen Folgen (s. II § 10 oben S. 146) in Betracht kommen können, bedarf kaum einer Bemerkung. Strafrechtlich beschränkt sich die Frage darauf, ob eine juristische Person wegen Beleidigung klagen kann. In Anbetracht der bloss formellen Ausscheidung des Beleidigungsdelictes aus dem Privatrecht glauben wir diese Frage hier nicht ganz ignoriren zu sollen. Die bislang herrschende Ansicht [1]) nimmt allerdings an, auch abgesehen von der principiellen Stellung zum Wesen der juristischen Person, dass ganz allgemein juristische Personen durch das positive deutsche Strafrecht als solche als mögliche

[1]) Vgl. Zimmermann, Archiv für deutsches Strafrecht Bd. XXV S. 96 ff.; v. Wächter, Deutsches Strafrecht S. 338; Merkel, Lehrb. S. 290; Stenglein, Gerichtssaal XLII S. 84. Dagegen siehe die scharfsinnigen Ausführungen von Bruhns, Gerichtssaal XXVII S. 481 ff.

Objecte einer Beleidigung anerkannt und berechtigt sind, Strafanträge zu stellen bezw. Privatklage zu erheben. Dennoch glauben wir, dass diese Annahme aus gewissen positiven Normen (z. B. §§ 131, 195 St.G.B.) eine principiell unzulässige Folgerung zieht. Zutreffend bemerkt Binding, Strafrecht I. S. 618: „Die fälschlich sog. Beleidigung politischer Körperschaften ist in Wahrheit nur eine Verletzung der einer politischen Einrichtung als solchen zukommenden Achtung". Man vergleiche ferner vor allem v. Bar (Gerichtssaal, Bd. 52, Heft 2 u. 3) (Sonderabdruck S. 112 ff.): „Indess kann sehr wohl davon gesprochen werden, dass die Behörde, die politische Körperschaft ein Interesse daran habe, dass das, was von der Majorität beschlossen wurde, nicht dem Publicum gegenüber in einem falschen Lichte erscheine, oder dass überhaupt das Ansehen der Majorität in Bezug auf die Ausübung ihres Berufes nicht in beleidigender Weise herabgesetzt werde. Man kann sehr wohl kraft positiver Vorschrift (§ 195 St.G.B.) die Behörde, die politische Körperschaft darüber beschliessen lassen, ob eine Strafverfolgung in solchen Fällen stattfinden solle, ein Interesse, das nothwendiger Weise in dem Zeitpunkte erlischt, wo der Körperschaft keine derjenigen Personen mehr angehört, welche durch den Vorwurf oder die Beschimpfung indirect getroffen wurden, und soweit kann man allerdings uneigentlich von einer Beleidigung der Behörde oder politischen Körperschaft reden."

„Die Folgerungen, die sich schon aus der Existenz des Antragsrechts bezw. Ermächtigungsrechtes von Behörden und Körperschaften ergaben, noch mehr aber diejenigen Folgerungen, welche sich ergaben, wenn man geradezu die Behörde, die Körperschaft und nicht die einzelnen Mitglieder als beleidigt ansieht, diese Folgerungen sprechen entschieden dagegen, den betreffenden Vorschriften des Strafgesetzbuchs eine Anwendung zu geben auf beliebige Personenvereine." (v. Bar, a. a. O. Sonderabdruck S. 114.)

Da nach unserer Auffassung die juristische Person nichts ist als eine Zweckorganisation, so ergiebt sich jedoch, dass man ihr gegenüber solchen Aeusserungen, die den durch sie verfolgten Zweck gefährden, nicht wegen des speciell beleidigenden,

ehrenkränkenden Charakters, — der nur die einzelnen etwa indirect getroffenen Mitglieder angeht, — sondern aus dem Gesichtspunkte der viel weiter gehenden *injuria* (frivole Rechtsverletzung) des Pandektenrechtes (vergl. S. 81 oben) eine Klage gestatten muss. Vergl. v. Bar (a. a. O. Sonderabdruck S. 115): „Eine juristische Gesellschaft als solche empfindet zwar die in solcher Behauptung liegende Verletzung nicht; aber in dem Schaden, der für den Credit und somit für den Erwerb der Gesellschaft aus falschen Gerüchten über Insolvenz und Creditunwürdigkeit entstehen kann, ist ein genügendes Motiv zu erblicken, Erwerbsgesellschaften und juristische Personen überhaupt gegen dergleichen Vorwürfe nicht nur durch Gewährung einer Schadensersatzklage, wobei der wirkliche Schaden oft kaum nachweisbar sein wird, sondern auch durch Strafbestimmung zu besitzen. Im deutschen Strafgesetzbuche ist im § 187 als ein besonderer Fall der verleumderischen Beleidigung der Fall böswilliger Creditgefährdung erwähnt. Es wird allgemein angenommen, dass durch diese specielle, in etwas über den Begriff der Beleidigung hinausgehende Bestimmung [1]) — denn nicht jede nachtheilige Aeusserung über eines Anderen missliche Vermögensverhältnisse kann als eine Beleidigung gelten — auch Erwerbsgesellschaften in ihrem Credite strafrechtlich geschützt werden. Als irrationell ist diese Ansicht nicht zu bezeichnen. Die Schwierigkeiten, die aus der allgemeinen Annahme hervorgehen, Collectivpersonen seien fähig, beleidigt zu werden, sind hier nicht vorhanden. Der Aeusserung muss, wenn sie strafbar sein soll, eine Wirkung für die Gegenwart beigelegt werden können; Aeusserungen, die sich auf längst vergangene Zeiten beziehen, kommen also nicht in Betracht.“

Der Schwerpunkt der juristischen Person liegt im Vermögensrecht. Das Vermögen kann für sie als Zweck in Betracht kommen (Erwerbs-Gesellschaften) oder bloss als Mittel zum Zweck (bei den Vereinen mit sog. idealen Zwecken, öffentlich-rechtlichen Corporationen und Stiftungen); aber

[1]) Sie bezieht sich in diesem Umfange ja auch nicht auf die *bona fide* gemachten Aeusserungen.

immerhin ist Vermögen, wenn auch keine juristische, so doch eine substantielle Existenzbedingung der juristischen Person, somit Vermögensfähigkeit ihr wichtigstes Requisit. Daraus folgt aber keineswegs, dass jeder juristischen Person dieses Recht im unbeschränkten Massstabe zugestanden werden musste. Vielmehr bildet die unbeschränkte Erwerbsfähigkeit juristischer Personen, da das Gut derselben der lebendigen gesellschaftlichen Circulation entzogen und nicht einmal, wie bei den physischen Personen, durch deren Tod wieder in andere Hände kommt, eine grosse Gefahr, die keine intelligente Staatslenkung unbeachtet lassen kann. Allerdings ist die Vermögensfähigkeit der juristischen Person nach gemeinem römischen Rechte unbeschränkt [1], insbesondere ist sie auch besitzfähig. Dagegen haben Landesgesetze in richtiger Erkenntniss der gedachten Gefahr vielfach den Erwerb der sog. todten Hand wesentlich eingeschränkt. [2]) Nach Art. 86 des Einf.Ges. zum Bürgerl. Gesetzbuch bleiben solche landesgesetzliche Vorschriften, welche den Erwerb von Rechten durch juristische Personen beschränken oder von staatlicher Genehmigung abhängig machen, soweit diese Vorschriften Gegenstände im Werthe von mehr als fünftausend Mark betreffen, unberührt. Nur sehr allmählich wurden die juristischen Personen auch erbrechtlich in gewissem Umfange den physischen Personen gleichgestellt. Von einem Intestaterbrecht konnte schon deshalb nicht die Rede sein, da dieses fast durchweg auf der Voraussetzung der Verwandtschaft beruht, für die juristische Person aber weder eine natürliche noch eine künstliche Verwandtschaft besteht. Doch wurde gewissen juristischen Personen das Recht verliehen, erblose Güter (*bona vacantia*) an sich zu nehmen, nämlich der Kirche in Beziehung auf ihre Geistlichen [3]), dem Regiment in Beziehung auf die erblosen Güter der Soldaten [4]) und nach der Praxis den Universitäten in Beziehung auf ihre

[1]) Ueber die Personalservitut, *l.* 56 *D. de usufr.* VII 1 (Maximaldauer 100 Jahre) vgl. v. Ihering, Zweck im Recht I S. 476.

[2]) Kahl, Die deutschen Amortisationsgesetze (1879).

[3]) *l.* 20 *C. de episc. et cler.* 1, 3 Nr. 131 c. 13.

[4]) *l.* 2 *C. de her. decur.* 6, 62.

Mitglieder, sowie dem Armeninstitut, in dem der Verstorbene unentgeltlich verpflegt worden war, endlich dem Fiscus an allem nicht an die genannten juristischen Personen fallendem erblosen Gut. — Nach Art. 138 des Einf. Ges. bleiben die eben erwähnten Bestimmungen d. h. alle landesgesetzlichen Vorschriften, nach welchen im Falle des § 1936 B.G.B. (wenn zur Zeit des Erbfalls weder ein Verwandter noch ein Ehegatte des Erblassers vorhanden ist), an Stelle des Fiscus eine Bürgschaft, Stiftung oder Anstalt des öffentlichen Rechtes gesetzlicher Erbe ist, unberührt.

Testamentarisch bedenkfähig waren nach der Endentwicklung des gemeinen Rechtes alle juristischen Personen mit Ausnahme derjenigen, denen diese Fähigkeit ausdrücklich entzogen war (durch die gedachten landesgesetzlichen Beschränkungen des Erwerbes der sog. todten Hand) und die *hereditas jacens*. (Vgl. Arndts, Pand. § 471 a. E.) Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch können juristische Personen, soweit nicht die unberührt gebliebenen landesgesetzlichen Vorschriften Art. 86 Einf.Ges. im Wege stehen, allgemein von Todeswegen bedacht werden. (Näheres hierüber und über das Erbrecht des Fiscus bei der Darstellung des Erbrechts.)

Zu gedenken ist schliesslich noch des besonderen Privilegiums, welches das römische Recht zunächst dem Fiscus, den Städten und milden Stiftungen verliehen, die Praxis dann aber vielfach auf alle juristischen Personen ausgedehnt hat, nämlich der *restitutio in integrum* nach Analogie der gleichen den Minderjährigen verliehenen Restitution.

Das Bürgerliche Gesetzbuch kennt diese Restitution überhaupt nicht und hat ebenso alle anderen Vorzugsrechte des Fiscus und der juristischen Personen (vgl. Riedel, das B.G.B. in Vergleichung mit dem Preuss. Recht), also auch l. 272. *D. de reb. cred.* 12.1 (Beschränkte Haftung der Städte aus für sie aufgenommenen Darlehen) beseitigt (Art. 55. Einf.Ges.).

§ 3.

Handlungsfähigkeit (Geschäfts- und Delictsfähigkeit) der juristischen Personen.

Auf den Gegensatz der natürlichen und juristischen Handlungsfähigkeit haben wir bereits mehrfach (S. 82, 97, 116 oben) aufmerksam gemacht; wir fanden, dass alle physischen Personen zwar natürliche (psychologische) Handlungsfähigkeit besitzen, dass aber ihnen juristische Handlungsfähigkeit entweder ganz abgesprochen oder nur in beschränktem Masse, als beschränkte Geschäftsfähigkeit beigelegt werden kann. Dass von einer natürlichen Handlungsweise juristischer Personen nach unserer Erklärung ihres Begriffes nicht die Rede sein kann, liegt auf der Hand. Wir stehen also jetzt vor der Frage, ob der juristische Begriff der Handlungsfähigkeit sich so sehr im Verhältniss zur natürlichen Handlungsfähigkeit verschieben lässt, dass es geradezu excentrisch wird, d. h. ob es gegen die Rechtslogik verstösst, juristische Personen principiell als juristisch handlungsfähig zu betrachten. Nachdem einmal der Zweck uns zur Anerkennung einer excentrisch über den Bereich der natürlichen Person hinausreichenden Rechtsfähigkeit gedrängt hat, steht unseres Erachtens nichts im Wege, auch den juristischen Begriff der Handlungsfähigkeit, als civilrechtlicher oder delictischer Haftbarkeit für Handlungen auf das künstliche Rechtssubject zu übertragen, vorausgesetzt natürlich, dass eben durch die Organisation des Zweckes für eine stellvertretende Ausübung des Rechts, mit juristischer Wirkung zu handeln, gesorgt ist. Ob und wieweit diese künstliche Ausdehnung der juristischen Handlungsfähigkeit über die natürliche Grundlage richtig ist oder nicht, ist lediglich eine Frage der Zweckmässigkeit; denn der Massstab der Rechtslogik ist nicht die theoretische Wahrheit, sondern allein der Zweck.[1]) Möglich wäre es, die juristische Person als handlungsunfähig zu behandeln und somit den Kindern unter 7 Jahren gleich zu stellen und ihre Vertretung aus dem Gesichtspunkte der Vormundschaft zu beurtheilen.[2]) Aber zweck-

[1]) Vgl. v. Ihering, Zweck im Recht I S. 437 f.

[2]) Vgl. Savigny, System III S. 22, 23, 89.

mässig im Interesse der juristischen Person selbst d. h. des durch sie repräsentirten Zweckes wäre es zunächst gewiss nicht, ihr die Geschäftsfähigkeit abzusprechen. Diese aber fordert wiederum als Correlat delictische Haftbarkeit; denn es würde die Verkehrssicherheit aufs äusserste bedrohen, wenn gegen delictisches Verhalten der Vertreter juristischer Personen nur gegen erstere, die sich möglicherweise als zahlungsunfähig erweisen, auf vollen Schadensersatz, gegen letztere aber, deren Vermögensfähigkeit durch die Zulässigkeit der einen bloss stellvertretenden Handlung bedingt ist, nur auf die in concreto nachweisbare Bereicherung geklagt werden könnte. Unerträglich würde gar der Grundsatz sein, dass der juristischen Person innerhalb contractlicher Verhältnisse oder bei etwaigen sonstigen durch subjective Zustände bedingten Rechtserwerb (Ersitzung) nicht die bei subjectiven Zuständen und schuldhaften Verhaltungsweisen ihre Vertreter (*culpa, mala fides, dolus*, Zwang) zuzurechnen seien. Das Gegentheil unterlag denn auch bereits nach dem Pandektenrecht keinem Zweifel.[1]) Die Billigkeit und Zweckmässigkeit drängt aber darüber hinaus[2]) zu einer Haftung auch für aussercontractlich delictisches Verhalten der Vertreter. Der eigentliche Ort zur wissenschaftlichen Behandlung dieses Gegenstandes scheint mir jedoch die Lehre von der Stellvertretung zu sein. Denn der Versuch, die Vertreter der juristischen Personen durch das rein bildlich zulässige Wort „Organ" von anderen Stellvertretern zu scheiden, entbehrt der begrifflichen Klarheit.[3]) Es mag hier die Hervorhebung genügen, dass schon die Glossatoren und Postglossatoren, unter denen Oldradus von Standpunkte der Fictionstheorie alle Bedenken mit der Bemerkung niederschlägt, dass die Fiction,

[1]) *l.* 14 *D. ad municipalem* 50, 1: *Municipes intelliguntur scire, quod sciunt hi, quibus summa re publicae commissa est.*

[2]) *l.* 9 § 1 *D. quod met.* IV, 2: *et ideo sine singularis sit persona, quae metum intulit vel populus vel curia vel collegium vel corpus, huic edicto locus erit.* Die herrschende Auslegung erklärt freilich diese Stelle daraus, dass die *actio quod metus* unter Umständen auch gegen den schuldlosen Dritten ging, als *actio in rem scripta.* Windscheid, Pand. § 59 Nr. 9.

[3]) Regelsberger, Pand. I § 82, dem ich selbst noch (Rechtsprechung I S. 133) mich anschloss.

wenn sie einer Corporation Rechtsfähigkeit beilege, ihr auch Delictsfähigkeit beilegen könne, sich überwiegend für die civilrechtliche Haftung der Corporation für Delicte ihrer Vertreter erklärten, während erst durch das kanonische Recht der Satz zur Herrschaft gelangte: *impossibile est, quod universitas delinquat.* Richtig aber bemerken die Motive zum B.G.B. I. S. 103: „So zweifellos die Körperschaft an sich als willenloses Wesen nicht fähig sein kann, eine unerlaubte Handlung zu begehen, so zeigt doch die neuere Rechtsentwicklung die entschiedene Neigung, eine privatrechtliche Haftung der Körperschaft für die unerlaubten Handlungen ihrer Vertreter eintreten zu lassen. Die Neigung gründet sich in einem schwer von der Hand zu weisenden Verkehrsbedürfnisse. In der Rechtsprechung des gemeinen Rechtes und der particularen Rechte ist die Haftung im Besonderen dann angenommen worden, wenn bei Verwaltung des Vermögens der Körperschaft oder bei einem von demselben betriebenen Gewerbe durch schuldhaftes Thun oder Unterlassen des Vertreters Dritte geschädigt worden sind. (Entsch. des vorm. Reichsoberhandelsgerichtes XII. S. 78 ff. XXI. S. 284 ff. XXV. S. 346 ff. Entsch. des Reichsgerichtes in Civils. XV. S. 130 ff. XVII. S. 93 ff.). Zur Begründung dieser Haftbarmachung hat man mit Recht darauf verwiesen, dass, wenn die Körperschaft durch die Vertretung die Möglichkeit gewinne, im Rechtsverkehre handelnd aufzutreten, ihr auch angesonnen werden müsse, die Nachtheile zu tragen, welche die künstlich gewährte Vertretung mit sich bringe, ohne dass sie in der Lage sei, Dritte auf den häufig unergiebigen Weg der Belangung des Vertreters zu verweisen. Ist dieser Gesichtspunkt richtig, so muss er allgemein zur Geltung gelangen; die Körperschaft ist für alle widerrechtlichen, zum Schadensersatz verpflichtenden Handlungen des Vertreters verantwortlich zu machen, sofern nur dieselben in Ausübung der Vertretungsmacht begangen sind“.

Nach dieser allgemeinen Vorbemerkung bedarf nunmehr jedoch sowohl die Geschäftsfähigkeit wie die Delictsfähigkeit der juristischen Person einer bestimmten Begrenzung. Denn

beide sind nicht unbeschränkt, wie bei der physischen Person. I. Die Geschäftsfähigkeit der juristischen Person wird begrenzt durch ihren Zweck. Es giebt nur eine einzige juristische Person mit unbegrenztem Zwecke, nämlich den Staat. Allerdings kann auch ihm die Rechtsphilosophie Grenzen abzustecken versuchen [1]), allein seine thatsächliche Souveränetät ist nicht gehindert, wenn auch oft zum Nachtheil seiner selbst und seiner Angehörigen, darüber hinwegzuschreiten, soweit sie es für angebracht erachtet. Für alle anderen juristischen Personen haben der Staat selbst, ebenso wie die Mitglieder (bei der Corporation), die Destinatäre und der Stifter (bei der Stiftung) das entschiedenste Interesse an der stricten Wahrung der durch ihren Zweck gesteckten Grenzen. — Neben dieser materiellen Abgrenzung bedarf die juristische Person einer formellen Festsetzung dessen, was als ihr Wille gelten soll.

Diese formelle Willensorganisation heisst Verfassung. Die einfachste Form ist diejenige, dass einfacher Majoritätsbeschluss entscheidet. [2]) Man nennt eine solche Form, weil sie eigentlich keine ist, *universitas inordinata*. Indessen ist die Verkehrsfähigkeit dieser glücklicher Weise nur selten vorkommenden Verfassungsart [3]) eine sehr beschränkte; für einzelne Fälle ist dieselbe gezwungen, um nach Aussen z. B. im Process aufzutreten, ein Syndicat zu bestellen.

In der Regel wird das Willensorgan durch einen Ausschuss gebildet, dessen Befugnisse, Abstimmungen u. s. w. durch die Statuten geregelt sind.

Beschlüsse, die inhaltlich über den statutarisch oder observanzmässig feststehenden Zweck der juristischen Person hinausgehen [4]), sind ebenso unverbindlich, wie Beschlüsse, die

[1]) Vgl. W. v. Humboldt, Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen. Breslau 1851; Stuart Mill, Ueber die Freiheit, übers. von Pickhard, Frankfurt 1860; v. Ihering, Zweck im Recht I S. 537 ff.

[2]) *L.* 160 *D. de R.* 7. 50. 17: *Refertur ad universos, quod publice fit per majorem partem.*

[3]) Sie kommt hin und wieder z. B. noch bei Markgenossenschaften, Real-Altgemeinden vor.

[4]) Z. B. ein Wegeverbandsausschuss (öffentlich-rechtl. Corporation), dessen Zweck und Competenz sich auf die Anlegung und Erhaltung von

unter Verletzung der formellen Vorschriften (Ladung zur Versammlung, Abstimmungsquote u. s. w.) zu Stande kommen.

Von den beschliessenden Organen sind aber wohl zu unterscheiden die bloss für die Repräsentanz der juristischen Person nach Aussen bestellten Functionäre, Directoren, Vorstand. Hinsichtlich Haftung der juristischen Personen für Rechtsgeschäfte der letzteren hat nun das moderne Recht vielfach im Interesse der Sicherheit des Verkehrs das sog. Princip der gesetzlichen Vollmacht, wie solches beispielsweise auch im Handelsrecht beim Procuristen (Art. 42 H.G.B.), Handlungsbevollmächtigten (Art. 47 H.G.B.) gilt, eingeführt. Auch wenn das abgeschlossene Geschäft den Beschlüssen bzw. Instructionen der beschliessenden Organe oder dem Zweck der juristischen Person widerstreitet, muss dieselbe es den dritten Contrahenten gegenüber anerkennen, wofern es innerhalb des Rahmens der gesetzlichen Vollmacht fällt, es sei denn, dass der Dritte *in dolo* war, d. h. Kenntniss von der Instructionswidrigkeit der Handlung des Repräsentanten hatte.[1])

Unter dies Princip gehören auch die Bestimmungen der §§ 26, Abs. 2. § 70 (68) des Bürgerlichen Gesetzbuchs:

Der Vorstand einer (Privat-)Corporation, eines rechtsfähigen Vereins, hat nach § 26 Abs. 1 eine gesetzliche Vollmacht aber keine unbeschränkbare, da sie mit Wirkung gegen Dritte durch die Satzung d. h. das Verfassungsstatut beschränkt werden kann.

Beim „eingetragenen Verein“ kann jedoch einem Dritten, der mit abgesetzten (bisherigen) Mitgliedern des Vorstandes, die sich als *falsus procurator* geriren, Rechtsgeschäfte abschliesst, die Aenderung des Vorstandes d. h. die Einrede der mangelnden Legitimation der abgesetzten Vorstandsmitglieder nur entgegen-

öffentl. Landstrassen und Wegen beschränkt, beschliesst, einen Theil der erhobenen Beiträge zur Subvention eines Eisenbahnbaues zu verwenden. (Ein praktischer Fall aus der Provinz Hannover, der freilich von den für die Beschwerde der Minorität Verwaltungsinstanzen. — es war der Rechtsweg ausgeschlossen — unter der Begründung dass es sich indirekt um Entlastung der Wege handle, nicht nach diesem Rechtsgrundsatz erledigt worden ist.)

[1]) Vgl. Art. 231 H.G.B. § 27 Ges. vom 1. Mai 1889. § 37 Ges. vom 20. April 1892 u. A.

gesetzt werden, wenn die Aenderung zur Zeit der Vornahme des Rechtsgeschäftes ins Vereinsregister eingetragen oder dem Dritten bekannt war; und selbst die eingetragene Aenderung braucht der Dritte nicht gegen sich gelten zu lassen, wenn seine Unkenntniss nicht auf Fahrlässigkeit beruht. Und dasselbe gilt für Bestimmungen, die den Umfang der Vertretungsmacht beschränken oder die Beschlussfassung des Vorstandes in einer von der gesetzlichen Form (§§ 32, 34) abweichenden Weise regeln.

Neben der allgemeinen gesetzlich unbeschränkten Vollmacht des Vorstandes kennt das Bürgerliche Gesetzbuch auch eine Specialvollmacht besonderer Vertreter, die neben den Vorstand für gewisse Geschäfte bestellt werden (beispielshalber Cassirer, Delegirte u. s. w.). Die gesetzliche Vollmacht dieser Specialvertreter wird nach den beim Handlungsbevollmächtigten (Art. 47 B.G.B.) geltenden Gewöhnlichkeitsprincip bestimmt: Ihre Vertretungsmacht erstreckt sich im Zweifel auf alle Rechtsgeschäfte, die der ihnen zugewiesene Geschäftskreis gewöhnlich mit sich bringt. (§ 30 B.G.B.).

Es bedarf keiner Ausführung, dass diese Rechtssätze sich nicht aus der Organtheorie entwickeln lassen, sondern sich lediglich als Anwendungsfälle der modernen von dem Princip der Verkehrssicherheit beeinflussten Stellvertretungstheorie und insbesondere der Lehre von der Vollmacht ergeben.

Schwieriger als die Abgrenzung der Geschäftsfähigkeit ist die der Delictsfähigkeit der juristischen Person, genauer gesagt ihrer civilrechtlichen Haftung für Delicte. Denn dass im eigentlich strafrechtlichen Sinne die juristische Person als solche niemals als Thäter gelten kann, daran müssen wir nach unserer Begriffsbestimmung festhalten; die einzige scheinbare Strafe, die eine juristische Person als solche treffen kann, die Entziehung der Rechtsfähigkeit, die Auflösung ist nichts als ein administrativer Akt. Das Bürgerliche Gesetzbuch nun erklärt (§§ 31, 86, 89) Vereine, Stiftungen und öffentlichrechtliche Corporationen für den Schaden verantwortlich, den der Vorstand, ein Mitglied des Vorstandes oder ein anderer verfassungsmässig berufener Vertreter durch eine in Ausführung der ihm zustehenden Verrich-

tungen begangene, zum Schadensersatze verpflichtende Handlung einem Dritten zufügt.

Die Frage, auf deren juristische Erfassung und Bestimmung es hier vor allem ankommt, ist, ob eine delictische Handlung (es ist darunter sowohl eine Commissiv- wie eine sog. Omissivhandlung, blosses Unterlassen zu verstehen) *in concreto* als in Ausführung und nicht etwa nur bei Gelegenheit der zustehenden Verrichtung begangen zu erachten ist. Leider lässt sich dafür ein allgemeines Kriterium nicht so leicht gewinnen, wie für die Zuständigkeit der Verrichtung, in deren Ausführung die Handlung begangen ist.

Die Zuständigkeit selbst ist durch den Zweck der juristischen Person und in der Regel durch die Verfassung oder die specielle Amtsinstruction, den Auftrag genau bestimmbar. Sofern aber die diesem Zweck, diesem Auftrag entsprechende Verrichtung selber, was doch unsere normale Voraussetzung sein muss, nicht direct den Schaden verursacht hat, also der directe positive Causalfaden abreisst, — was bedeutet das Requisit, „in Ausübung dieser Verrichtung?“ Meines Erachtens nichts anderes, als die Feststellung eines indirecten juristischen Causalzusammenhanges in dem Sinne, dass wir die fr. Verrichtung als unerlässlich positive oder negative Vorbedingung der Möglichkeit des entstandenen Schadens denken müssen, als eine unentbehrliche Prämisse eines juristischen Schlussurtheils, durch das die That in einen Causalzusammenhang mit der functionellen Stellung des Thäters für die juristische Person gesetzt wird.[1])

In Ausübung der Verrichtung gilt jeder Schaden als verursacht, der ohne die Uebertragung der Verrichtung an diesen Thäter dem Dritten nicht hätte zugefügt werden können. Bloss bei Gelegenheit der Verrichtung verursacht ist der Schaden, dessen Zufügung in einer nur zufälligen räumlichen und zeitlichen Verknüpfung mit der Verrichtung steht, den aber Thäter, auch wenn er nicht mit der Verrichtung betraut wäre, sich jedoch zufällig zu dieser Zeit an diesem Orte befunden

[1]) Vgl. Kuhlenbeck, Der Schuldbegriff S. 67, 75.

hätte, hätte anrichten können. Einige Beispiele mögen die Unterscheidung verdeutlichen:

1. Ein verfassungsmässig bestellter Kassirer eines Vereins unterschlägt ihm in dieser Eigenschaft anvertraute Gelder, der Schaden ist in Ausführung der ihm anvertrauten Verrichtung verursacht.
2. Derselbe Kassirer lässt sich während seiner Amtsthätigkeit eine vorsätzliche oder fahrlässige Körperverletzung zu Schulden kommen; der Kassirer ist beispielsweise während der Ausübung des Amts mit einem Zahler in Wortwechsel gerathen und hat sich zu Thätlichkeiten hinreissen lassen: es handelt sich um eine nur bei Gelegenheit der Ausführung seiner Verrichtung begangene Handlung.
3. Der ärztliche Leiter eines Krankenhauses (einer Stiftung) verursacht durch nachlässige Handhabung der ihm obliegenden Aufsichtspflicht den Tod eines Patienten: die zum Schadensersatz verpflichtende Handlung (Omissivhandlung) fällt unter die Ausführung seiner Verrichtung.
4. Derselbe verursacht durch fahrlässige Handhabung von Feuerungszeug während seines Aufenthalts im Krankenhause einen auch dritte Personen schädigenden Brand: es handelt sich um einen nur bei Gelegenheit der Ausführung seiner Verrichtung verursachten Schaden.

Im Wesentlichen wird es darauf ankommen, dass die den Schaden zufügende Handlung, sofern nicht etwa eine den Thäter nicht exculpirende, sondern nur noch andere Vertreter der juristischen Person mit haftbar machende delictische Natur des übertragenen Auftrags selber vorliegt, einen Missbrauch der Vertretungsmacht darstellt; und zwar ist unter Missbrauch hier sowohl die positive Benutzung der Vertretungsmacht zur Begehung eines Delictes als auch unter Umständen die bloss fahrlässige Ausführung, eventuell gar überhaupt die Nichtausführung der Verrichtung selber zu verstehen. [1])

Da das Bürgerliche Gesetzbuch sich auf das reine Privatrecht beschränkt, auch ausdrücklich (Art. 77 Ein.Ges.) die

[1]) Vgl. R.G. XXIX S. 442.

landesgesetzlichen Vorschriften über die Haftung des Staates, der Gemeinden und anderer Communalverbände (Provincial-, Kreis-, Amtsverbände) für den von ihren Beamten in Ausübung der diesen anvertrauten öffentlichen Gewalt zugefügten Schaden unberührt lässt, so ist die Haftung der öffentlich-rechtlichen Corporationen aus § 31, 89 B.G.B. auf solche zum Schadensersatze verpflichtende Handlungen beschränkt, welche von den Organen in Ausübung ihrer privatrechtlichen Vertretungsmacht vorgenommen werden.[1]) Es bleibt also in öffentlich-rechtlicher Beziehung, soweit nicht besondere Landesgesetze vorliegen, bei den gemeinrechtlichen Grundsätzen, aus denen sich nur eine Haftung für *culpa in eligendo* und *inspiciendo* ableiten lässt, nicht aber eine stillschweigende Garantie des Staates bzw. der öffentlich-rechtlichen Corporationen dafür, dass die öffentlichen Funktionäre die ihnen aufgetragenen, amtlichen Geschäfte ordnungsmässig und gesetzmässig ausführen.[2]) Als Fiscus kommt der Staat lediglich von seiner vermögensrechtlichen (privatrechtlichen) Seite in Betracht, hat also für die Ausführung rein fiscalischer Handlungen durch seine Beamten unbedingt zu haften. Die Beschränkung bezieht sich nur auf eigentliche Regierungshandlungen, bzw. richterliche Akte.

C. *Die universitas personarum.*

(Das private Vereinsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs.)

§ 4.

Die Rechtsfähigkeit der Vereine.[3])

Es ist schwer, einen sicheren principiellen Unterschied zwischen öffentlichrechtlichen Corporationen und Privatvereinen aufzuweisen. Massgebend ist schliesslich nur die positive Anerkennung oder Nichtanerkennung der öffentlichrechtlichen Qualität. Richtiger wäre es daher vielleicht gewesen, das

[1]) Vgl. auch Denkschrift S. 29.

[2]) Vgl. Löning, Die Haftung des Staates aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten (1879); R.G. XI Nr. 42. Ein Beispiel privatrechtlicher Vertretungsmacht R.G. XVII Nr. 25.

[3]) Vgl. Endemann, Einf. in d. Studium des B.G.B. S. 53 ff.

ganze Vereinsrecht aus dem Privatrecht auszuscheiden. „Der Verein gehört dem öffentlichen Recht an," sagt v. Ihering Zweck im Recht, I S. 305, „oder richtiger: letzteres fällt gänzlich mit ihm zusammen, sowie das Privatrecht mit dem Individuum. Es ist in meinen Augen eine begriffliche Willkür, wenn man den Begriff des öffentlichen Rechts auf Staat und Kirche beschränkt. Es ist wahr: diese beiden schliessen einen Lebensinhalt in sich von solchem Reichthum und solcher Bedeutung, dass ihnen gegenüber jeder andere Verein sich ausnimmt, wie eine Maus gegenüber einem Löwen. Aber Maus und Löwe sind beide Säugethiere, und man mag sich drehen und wenden, wie man will, man kommt nicht darum weg, dass Staat und Kirche zu den gemeinnützigen Vereinen gehören. — Der Unterschied zwischen den einzelnen Arten ist kein structueller, sondern lediglich ein functioneller, d. h. er beruht nicht auf der Verschiedenheit ihres juristischen Mechanismus, sondern lediglich auf der ihres Zweckes, nicht der Form, sondern des Inhalts."

Aus dieser structuellen Verwandtschaft des Staates mit den Vereinen erklärt sich das Interesse des Staates an der Rechtsfähigkeit derselben. Ein Staat, der sich um das innerhalb seiner Grenzen wirkende Vereinsleben absolut nicht kümmerte, würde sich der Gefahr allmählicher Desorganisation, wenn nicht plötzlichen Umsturzes aussetzen. Von diesem Gesichtspunkte aus müssen wir den Kampf würdigen, der bei dem Zustandekommen des Bürgerlichen Gesetzbuchs um die Rechtsfähigkeit der Vereine zwischen Regierungen und Volksvertretung geführt ist und zeitweilig die Annahme des Gesetzbuchs in Frage stellte, sowie die definitive, nicht Jedermann befriedigende Regelung, die das Vereinswesen im 2. Titel des I. Abschnitts des Bürgerlichen Gesetzbuches erhalten hat.

Die juristische Persönlichkeit, insbesondere die Vermögensfähigkeit eines organisirten Zweckes ist ein unter Umständen sehr bedeutendes sociales Machtmittel; Zwecke, die in dieser Form privatrechtlich fundirt sind, haben vor anderen unorganisirten Zwecken denselben Vorzug voraus, den eine disciplinirte Truppe vor undisciplinirten Massen hat. Wenn auch unorganisirte Zwecke z. B. die politischen Parteien auf fiduciarischem

Wege erhebliche Geldmittel in ihren Dienst bringen können, so bringen sie es doch selten zu dauernden Capitalbildungen, weil das Vertrauen da, wo es jeden Rechtsschutzes entbehrt, stets eine gewisse Grenze findet; dagegen ist zu bedenken, dass die juristische Persönlichkeit einen Zweck vom Wechsel und in gewissem Grade auch von der Zahl der Zweckinteressenten unabhängig machen und ihm durch ihre relative Unsterblichkeit auf unbestimmte Zeit hin einen Einfluss sichern kann, der vielleicht in gar keinem Verhältniss zu seiner gesellschaftlichen Bedeutung steht. Aus solchen staatspolitischen Gründen hat das römische Recht zweifellos die Begründung einer juristischen Person nicht dem freien Belieben der Gründer anheimgestellt, sondern, soweit nicht durch (geschriebenen oder gewohnheitsrechtlichen) Rechtssatz für bestimmte Arten eine Ausnahme zugelassen worden, an eine Concession der Staatsgewalt, *constitutio personalis* geknüpft.[1]) Und wenn später die gemeinrechtliche Geltung dieses sog. Concessionssystems nicht unbestritten geblieben ist,[2]) so steht doch fest, dass die meisten Landesrechte streng daran festgehalten haben.

Eine grosse Gegnerschaft erwuchs diesem Concessionsprinzip neuerdings einerseits praktisch in den auf unbeschränkte Vereins- und Coalitionsfreiheit gerichteten socialen und politischen Richtungen, andererseits wissenschaftlich in der auch einzelne Pandektisten beeinflussenden Germanistik, welche die unbedingte Vereinsfreiheit als deutsches Rechtsprincip verfocht.[3]) Diese Richtung trat für das System der freien Körperschaftsbildung ein: jeder körperschaftlich organisirte Verein sollte *ipso jure* durch seine korporative Verfassung die Vermögensfähigkeit erlangen. Zwischen diesen beiden contradictorisch entgegengesetzten Anschauungen steht das in der Neuzeit bereits allgemein in einzelnen Landesgesetzgebungen[4]) und auch reichsgesetzlich für einzelne Körper-

[1]) *l. 1 pr. D. h.* 1, 3, 4: *neque collegium neque hujusmodi corpus passim omnibus habere conceditur: nam et legibus et senatus consultis et principalibus constitutionibus ea res coercetur.*

[2]) Vgl. Regelsberger, Pand. I 310f.

[3]) Besonders Gierke, a. a. O. siehe § 1. Dernburg, Pand. I § 63.

[4]) z. B. in Bayern und Sachsen.

schaften[1]) acceptirte System der Normativbedingungen, dem zu folge jeder Verein, der gewisse gesetzliche Voraussetzungen erfüllt und beim Amtsgerichte sich in ein von demselben zu führendes Vereinsregister eintragen lässt, damit die juristische Persönlichkeit erlangt. Die Regelung, die schliesslich das Bürgerliche Gesetzbuch getroffen hat, beruht auf einem Compromiss zwischen dem Concessionssystem und dem der Normativbestimmungen. Abgesehen von den angedeuteten politischen Gründen[2]) gab gegen das System der freien Körperschaftsbildung die Erwägung den Ausschlag, dass es bei diesem System an einem sicheren Criterium der rechts-

[1]) z. B. für die eingetragene (Erwerbs-)Genossenschaft.

[2]) Dieselben sind wohl am treffendsten unter Hinweis auf die allerdings von den Römern mit classischer Vorbildlichkeit gehandhabte Technik der Staatskunst von v. Ihering (Zweck im Recht, I S. 317 f.) formulirt: „Die negative Seite (jener Technik) besteht in der Verhinderung einer dem Staat bedrohlichen Organisation feindlicher Elemente, oder, da die Organisation in Form der Vereine erfolgt, in der richtigen legislativen Gestaltung und der sorgsamen administrativen Ueberwachung des Vereinswesens. Die Machtmittel der Vereine sind qualitativ von denen des Staates nicht verschieden, und in quantitativer Beziehung liegt in ihnen selber kein Moment, welches der Ansammlung derselben eine bestimmte Grenze setzt; der Verein kann mehr Vermögen besitzen, als der Staat, und wenn er sich über die Grenzen des Territoriums ausdehnt, mehr Mitglieder zählen als der Staat. Nimmt man nun noch hinzu, dass der Verein für seine Zwecke ganz denselben Mechanismus zur Anwendung bringt wie der Staat, so ergibt sich daraus die hohe Gefahr, welche er für ihn in sich schliesst. Sein wirksamster Gehülfe bei der Verfolgung der socialen Zwecke, wenn er auf seiner Seite steht, verwandelt er sich in seinen gefährlichen Feind, wenn er eine entgegengesetzte Richtung einschlägt.

Der Staat ist wie der berufene so auch der einzige Inhaber der socialen Zwangsgewalt — das Zwangsrecht ist das absolute Monopol des Staates. Jeder Verein, der die Ansprüche gegen seine Mitglieder auf dem Wege des mechanischen Zwanges realisiren will, ist auf seine Mitwirkung angewiesen, und der Staat hat es in seiner Hand, die Bedingungen, unter denen er dieselben gewähren will, festzustellen. Das heisst mit anderen Worten: Der Staat ist die einzige Quelle des Rechts, denn Normen, die von demjenigen, der sie aufstellt, nicht erzwungen werden können, sind keine Rechtssätze. Es gibt daher kein von der Autorität des Staates unabhängiges, sondern nur ein von ihm abgeleitetes Vereinsrecht. Damit hat der Staat, wie der Begriff der höchsten Gewalt mit sich bringt, den Principat über sämmtliche Vereine auf seinem Gebiete.“

fähigen Vereine fehlen würde. „Im Interesse des Verkehrs und zur Vermeidung von Streitigkeiten erscheine es deswegen geboten, die Frage, ob ein Rechtsverhältniss der einen oder der anderen Art (blosse Societät oder juristische Person) bestehe, durch ein äusseres Merkmal zu kennzeichnen. Das Vorhandensein eines Vorstandes gewähre dritten Personen keinen Rückschluss auf das Bestehen eines Vereines mit korporativer Verfassung. Mit Sicherheit ergebe sich dieses Verhältniss vielmehr nur dann, wenn der Thatbestand, an welchen die Rechtsordnung die Entstehung der juristischen Person knüpfe, in einem publiken Akte bestehe.“ [1])

Das Bürgerliche Gesetzbuch unterscheidet 1. Vereine, deren Zweck nicht auf einen wirthschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, 2. Vereine, deren Zweck auf einen wirthschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist.

Für Vereine der letzteren Gattung hält es am Concessionssystem fest, so weit nicht bereits besondere reichsgesetzliche Vorschriften für besondere Gattungen derselben das System der Normativbestimmungen zugelassen haben. Als solche besondere Gattungen sind zu nennen die Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften (Ges. vom 1. Mai 1889), die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (Ges. vom 20. April 1892). [2]) Alle anderen Vereine, deren Zweck auf einen wirthschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, bedürfen der Verleihung der Rechtsfähigkeit seitens desjenigen Bundesstaates, in dessen Gebiete ihr Sitz ist.

Die Vereine der ersteren Gattung ist man übereingekommen unter dem Namen: Vereine mit idealen Tendenzen zusammenzufassen; es gehören hierher aber sowohl Ver-

[1]) Vgl. Reatz, die II. Lesung I S. 19.

[2]) Daneben kommen die Handelsgesellschaften in Betracht. Durch Zulassung seitens der höheren Verwaltungsbehörde und Eintragung in das sog. Kassenregister erlangen ferner Rechtsfähigkeit die sog. Hülfskassen (Ges. v. 7. April 1876), durch Genehmigung des Kassenstatuts seitens der höheren Verwaltungsbehörde die Orts-Betriebs-Fabrik-Bau-Krankenkassen (Ges. v. 15. Juni 1883), seitens des Reichsversicherungsamtes die Berufsgenossenschaften (Ges. v. 6. Juli 1884, 5. Mai 1886, 11. Juni 1887, 13. Juli 1887).

eine mit selbstnützigen wie solche mit gemeinnützigen Zwecken (geselligen, künstlerischen, wissenschaftlichen, wohlthätigen Zwecken dienende Vereine). Es ist auch nicht ausgeschlossen, dass derartige Vereine, z. B. Clubs, Casinogesellschaften einen wirthschaftlichen Geschäftsbetrieb einrichten. Dieser darf aber nur als Mittel zur Unterstützung des „idealen“ Hauptzwecks in Betracht kommen; sobald der wirthschaftliche Geschäftsbetrieb zum Hauptzweck wird, fällt der Verein unter die concessionspflichtigen.

Vereine mit „idealen Tendenzen“ erlangen die Rechtsfähigkeit durch Eintragung in das Vereinsregister desjenigen Amtsgerichtes, in dem der Verein seinen Sitz hat. Diese Eintragung ist aber bedingt 1. positiv dadurch, dass das der Anmeldung zur Eintragung beizufügende Statut des Vereins den wesentlichen (zwingenden) materiellen und formellen Requisiten entspricht, die das Bürgerliche Gesetzbuch, sei es für Vereine überhaupt, sei es für die eingetragenen Vereine im Besonderen, aufstellt; 2. negativ dadurch, dass nicht die Verwaltungsbehörde, die nach den Landesgesetzen für den Sitz des Vereins in dieser Richtung als zuständig gilt, einen Einspruch gegen die Eintragung erhebt. Die Verwaltungsbehörde ist zu solchem Einspruch berechtigt, wenn der Verein nach den Vorschriften des öffentlichen Vereinsrechts unerlaubt ist oder auch nur verboten werden kann, ausserdem aber allgemein, wenn er einen politischen, socialpolitischen oder religiösen Zweck verfolgt. Die Frage der rechtlichen Begründung eines solchen Einspruchs ist dem eigentlichen Rechtsweg, d. h. den ordentlichen Gerichten, entzogen, er soll nur im Wege des Verwaltungsstreitverfahrens, und wo ein solches nicht besteht, im Wege des Recurses nach Massgabe der §§ 20, 21 der Gewerbeordnung [1]) angefochten werden können. Der Einspruch ist innerhalb 6 Wochen seit Mittheilung der Anmeldung zu erheben. Erst nach Ablauf dieser Frist ohne Einspruch oder nach endgültiger Aufhebung des Einspruchs kann die Eintragung erfolgen.

[1]) Die Endentscheidung muss durch eine collegiale Behörde erfolgen, die in öffentlicher Sitzung nach erfolgter Ladung und Abhörung der Parteien ihre Entscheidung urtheilt.

Ob ein Vereinszweck ein politischer, socialpolitischer oder religiöser ist, wird also ausschliesslich die Verwaltungspraxis entscheiden, und der schwierige Versuch, diese Begriffe hier genauer bestimmen zu wollen, würde um so geringeren praktischen Werth haben, als die Verwaltungsbehörde keineswegs gegen jeden politischen, socialpolitischen oder religiösen Verein Einspruch erheben muss, für sie vielmehr das jeweilige politische Interesse allein massgebend sein wird. Im Allgemeinen heissen politisch alle Angelegenheiten, welche Organe und Functionen des Staates in Bewegung zu setzen geeignet sind, — das Socialpolitische aber ist eine Unterart des Politischen, welche sich auf die materiell wirthschaftlichen und gesellschaftlichen Verhältnisse einzelner Berufsstände und Bevölkerungsklassen an sich, zu einander und zum Ganzen bezieht. Im Einzelnen wird hier, ebenso wie bei den religiösen, Alles darauf ankommen, dass die Vereinspolitik der Verwaltungsbehörden sich bei allem Verantwortlichkeitsbewusstsein frei halte von jeglicher engherzigen büreaukratischen Zuvielregierungssucht und nur da von ihrem Einspruchsrecht Gebrauch mache, wo die *salus publica* als *suprema lex* es unbedingt gebietet.

§ 5.

Verfassung der Vereine.

I. Allgemeine Vorschriften:

Das Bürgerliche Gesetzbuch gibt eine Anzahl von Vorschriften über die Verfassung der Vereine und zwar zunächst solche, die für alle Vereine, sowohl für die concessionirten, wie die eingetragenen gelten (§§ 21—54), sodann solche, die nur für letztere bestimmt sind (§§ 55—79). Diese Vorschriften, die für alle Vereine gelten und denen wir hier zunächst unsere Aufmerksamkeit zuwenden, sind entweder zwingender oder bloss ergänzender, dispositiver Natur. Vorschriften der ersteren Art können nicht durch das Statut ausser Kraft gesetzt werden, statutarische Bestimmungen, die dagegen verstossen, sind nichtig. Vorschriften der zweiten Art kommen nur zur Anwendung, soweit nicht das Statut (die Vereinssatzung) Anderes bestimmt. Ob eine Vorschrift der

ersteren oder der zweiten Art zugehört, für diese wichtige Unterscheidung ist kein unbedingt sicheres zulängliches äusseres Criterium gegeben. Allerdings befolgt das Bürgerliche Gesetzbuch einen längst in der Reichsgesetzgebung gemachten Sprachgebrauch zur Unterscheidung von essentiellen Vorschriften, *leges perfectae* im Sinne des Abschnitts I § 5 oben S. 28 ff., von blossen reglementaren Vorschriften, *leges imperfectae*, indem es bei ersteren das Hülfswort „muss", bei lezteren das Hülfswort „soll" ausschliesslich benutzt; doch kommen für beide Vorschriften auch andere Wendungen vor, z. B. „ist erforderlich", und aus dem Nichtgebrauch der einen oder anderen Wendung lässt sich kein unbedingt sicherer Schluss auf den Grad der Intensitität der Verbindlichkeit einer Norm entnehmen, vielmehr ist, wo nicht, wie durch § 40 B.G.B., das Gesetz ganz ausdrücklich einige Bestimmungen für bloss dispositiv erklärt, der zwingende oder nicht zwingende Charakter, bzw. die Tragweite des Gebotes im Fall seiner Verletzung in jedem einzelnen Falle aus dem Zwecke und Zusammenhange der Normen zu entwickeln.

1. Vorstand: Nach § 26 B.G.B. muss jeder Verein einen Vorstand haben. Darnach ist die Zulässigkeit einer *universitas inordinata* verneint, aber nicht ihre Möglichkeit. Dass nämlich gleichwohl ein Verein unter Umständen ohne Vorstand sein kann, sei es nun, dass der bestellte Vorstand gestorben oder geschäftsunfähig geworden ist, liegt auf der Hand.

Welches ist also die Tragweite dieser sog. „Mussvorschrift"? Doch nicht etwa Fortfall der Rechtsfähigkeit des Vereins? Offenbar nicht. Das Gegentheil ergibt sich aus § 29 B.G.B. Es handelt sich nur um eine vorübergehende Sistirung der Handlungsfähigkeit, nicht der Rechtsfähigkeit des Vereins, und in dringenden Fällen hat das Amtsgericht alsdann auf Antrag eines Betheiligten, d. h. nicht bloss eines Vereinsmitgliedes, sondern auch dritter Interessenten, dem Mangel durch Einsetzung eines Nothvorstandes abzuhelfen.[1]) —

[1]) Das römische Recht kannte nur einen indirecten Zwang gegen eine *universitas inordinata*, um sie zur Aufnahme eines Processes und Be-

Zweifeln kann man, ob einem Vereine, dessen Geschäftsfähigkeit durch Vacanz der Vorstandschaft sistirt ist, die Ausnahmebestimmungen der §§ 206, 939 B.G.B. (Ruhen der Verjährung, der Ersitzung) zu Gute kommen. Allerdings Riedel (Das Bürgerliche Gesetzbuch in Vergleichung mit dem Preussischen Allgemeinen Landrecht) S. 118 glaubt die Frage ohne Weiteres verneinen zu dürfen, „weil die juristische Person nicht für geschäftsunfähig zu erachten ist". Indess ist doch ein des Vorstandes entbehrender Verein selbst von dem Standpunkte aus, der in der juristischen Person einen von selbst handlungsfähigen „Organismus" sieht, thatsächlich eben so lange geschäftsunfähig, als ihm dieses Organ seiner Geschäftsfähigkeit ermangelt, und überdiess hat das Bürgerliche Gesetzbuch zu der rein wissenschaftlichen Controverse der Handlungsfähigkeit ausdrücklich keine Stellung nehmen wollen, die Motive stehen sogar auf dem entgegengesetzten romanistischen Standpunkte (I S. 94), indem sie die Körperschaft als „künstlichgeschaffene, willenlose Trägerin von Rechten" bezeichnen, auch das Gesetz selber bringt diesen Standpunkt eher zum Ausdruck als den entgegengesetzten, wenn es (§ 26 Abs. 2) sagt: Der Vorstand hat die Stellung eines gesetzlichen Vertreters.

Dennoch glaube ich nur die Begründung der Riedelschen Meinung als übereilt, die Meinung selbst als richtig bezeichnen zu müssen aus folgenden Gründen: Der Verein muss einen Vorstand haben. Dieses „muss" fordert, dass wir der Vorschrift die stärkste Wirkung beilegen, die wir ihr der Natur der Sache nach beilegen können. Nun können wir zwar nicht so weit gehen, einem Verein, der thatsächlich ohne Vorstand ist, die Rechtsfähigkeit abzusprechen, wohl aber müssen wir alle Nachtheile, die aus der Nichtbeachtung dieser Mussvorschrift resultiren können, auf den Verein selber, der doch durch seine Mitgliederversammlung jeder Zeit in der Lage ist, der Vorschrift gerecht zu werden und den Mangel zu beseitigen, zurückweisen. Auch sonst ist die Analogie der ge-

stellung eines *defensor* (syndicus) zu nöthigen, nämlich die *missio in possessionem l.* 1 § 2 *D. quod cujuscunque* 3, 4.

setzlichen Vertreter für geschäftsunfähige physische Personen, wie Riedel richtig (a. a. O. S. 114) bemerkt, z. B. § 1795 (Ausschluss der Vertretungsmacht in gewissen Fällen) unzutreffend: der Grund liegt darin, dass der Vorstand eines Vereins nicht das einzige Willensorgan desselben darstellt, dass vielmehr der Wille der Vereinsmitglieder, wie er sich in der Mitgliederversammlung jeder Zeit äussern kann, über dem Vorstande steht. *L.* 160. *D. de R. J.* 50, 17: *Refertur ad universos, quod publice fit per majorem partem.*

Anders liegt die Sache, wie wir später sehen werden, bei der Stiftung, die thatsächlich durch den Fortfall eines Vorstandes nicht nur verkehrsunfähig, wie der Verein, sondern auch willensunfähig wird.

Der Vorstand als gesetzlicher Vertreter des Vereins ist dessen actives und passives Organ für den Verkehr mit der Aussenwelt, seine Vertretung ist eine gesetzliche in dem Sinne, dass Alles, was der Vorstand innerhalb der ihm durch das Gesetz oder das Statut verliehenen Vollmacht erklärt oder vernimmt, als unmittelbare Erklärung oder Kenntniss des Vereins gilt. *L.* 14. *D. ad municipalem, l.* 19 *D. eod.* 50. 1: *Municipes intelleguntur scire, quod sciunt hi, quibus summa rei publicae commissa est. — Quod major pars curiae effecit, pro eo habetur ac si omnis egerint.*

Die gesetzliche Vollmacht lautet allgemein dahin, dass er den Verein gerichtlich und aussergerichtlich vertritt. Eine Beschränkung findet diese Vollmacht nur an dem Vereinszweck. Doch kann auch das Statut eine weitergehende Beschränkung mit Wirkung gegen Dritte [1]) normiren. Man hat also dem Vorstande zwar eine gesetzliche, aber nicht eine gesetzlich unbeschränkbare Vollmacht verliehen, wie letztere bei einigen anderen Körperschaften, z. B. der Aktiengesellschaft, Art. 231 H.G.B., der eingetragenen Genossenschaft, Genossenschaftsgesetz § 21 vorkommt; die Commission verkannte zwar nicht, dass die Sicherheit des Rechtsverkehrs durch die Unbeschränkbarkeit der Vollmacht bedeutend ge-

[1]) Beim eingetragenen Verein gilt hier Besonderes; siehe unter II. demnächst.

winnen würde, meinte aber, dass es sich nicht empfehle, sie zu einer allgemeinen Regel für Körperschaften zu erheben, da sich viele unter denselben befinden, die vermöge ihrer Zweckbeschaffenheit nur in mittelbaren, weniger häufigen Beziehungen zum Rechtsverkehr stehen, so dass der Grundsatz der Unbeschränkbarkeit, der sich mehr für Vereinigungen mit commerciellem Geschäftsbetriebe empfehle, mit ernsten Gefahren für sie verbunden sei.[1]) — Die statutarische Beschränkung der Vertretungsmacht ist in verschiedener Weise denkbar, sie kann dahin gehen, dass gewisse Rechtsgeschäfte gänzlich untersagt oder dass alle oder gewisse Rechtsgeschäfte an eine Form gebunden oder dass die Gültigkeit einzelner Rechtsgeschäfte von der Genehmigung eines anderen Organes der Körperschaft, aller oder eines bestimmten Theiles der Mitglieder oder einer Behörde abhängig gemacht werden.

Der Vorstand wird von der Mitgliederversammlung durch Mehrheitsbeschluss bestellt (§ 27); es ist übrigens nicht ausgeschlossen, dass statutenmässig auch alle Mitglieder den Vorstand eines Vereins bilden, obwohl eine solche Form des Vorstandes durch ihre Schwerfälligkeit der *universitas inordinata* nahe kommt, wenn es sich um einen Verein mit grösserer Mitgliederzahl handelt. Der Vorstand kann also aus einer oder aus mehreren Personen bestehen. Für den letzteren Fall regelt § 28 B.G.B. die Gültigkeit seiner Beschlussfassung unter Verweisung auf §§ 32, 34 dahin, dass erforderlich ist entweder eine Versammlung, unter Bezeichnung des Gegenstandes der Berufung, in der die Mehrheit der erschienenen Mitglieder bei der Beschlussfassung entscheidet, oder eine einstimmige schriftliche Erklärung aller Vorstandsmitglieder.

Ein Vorstandsmitglied ist nicht stimmberechtigt, wenn die Beschlussfassung die Vornahme eines Rechtsgeschäfts mit ihm oder die Einleitung oder Erledigung eines Rechtsstreits zwischen ihm und dem Vereine betrifft.

Allgemein von der Vertretung ausgeschlossen ist überhaupt ein Vorstandsmitglied in allen Rechtsgeschäften zwischen ihm selber und dem Vereine, es sei denn, dass es

[1]) Motive I. S. 97 ff.

sich bloss um die Erfüllung einer Verbindlichkeit aus einem bereits bestehenden Rechtsverhältniss handelt. Allerdings findet sich diese Vorschrift nicht ausdrücklich im Bürgerlichen Gesetzbuch, der entsprechende § 45 des I. Entwurfs ist gestrichen. Die Streichung ist jedoch offenbar nur erfolgt, weil man diese Norm schon durch die allgemeine Bestimmung des § 181 für Vertreter für gegeben erachtet hat. Denn das Bürgerliche Gesetzbuch ertheilt dem Vorstande die Stellung eines (gesetzlichen) Vertreters; der § 181 gilt allgemein für diese, während umgekehrt die Specialvorschrift des § 1795 für den Vormund, wie schon S. 202 oben bemerkt, nicht auf den Vorstand eines Vereins anwendbar ist, abgesehen von dem dort erwähnten Grunde auch deshalb, weil der § 1795 seine besondere familienrechtliche *ratio* hat.

Die Vertretungsmacht ist ihm aber nur entzogen, wenn das Vorstandsmitglied für seine Person betheiligt ist, nicht auch, wenn dessen Ehegatte oder nahe Verwandte ein unmittelbares Interesse an dem vorzunehmenden Rechtsgeschäfte haben. „Obwohl Manches für eine Ausdehnung in letzterer Hinsicht spricht," meinen die Motive I S. 101, „so steht doch die Schwierigkeit, den Kreis der in Betracht zu ziehenden Angehörigen in angemessener Weise zu begrenzen, entgegen; das Merkmal des unmittelbaren Interesses erscheint ausserdem seiner Dehnbarkeit wegen für die Rechtssicherheit nicht ungefährlich."

Dass auch bei einem Rechtsstreite des Vereins mit den den Vorstand bildenden Personen die Vertretungsmacht der letzteren ausgeschlossen ist, ergiebt sich aus der Natur der Sache.[1]) Während die Bestimmungen über die Gültigkeit der Beschlussfassung eines Vorstandes, der aus mehreren Personen besteht, dispositiver Natur sind, also durch das Statut anders geordnet werden können, insbesondere auch eine Collectivvertretung angeordnet werden kann, so dass Einhelligkeit gefordert wird, sind die über den Ausschluss von der Vertretung und Fortfall des Stimmrechts zwingend.

Zwingenden Charakter hat auch eine Vorschrift über den passiven Vertretungscharakter des Vorstandes, die diesen

[1]) Vgl. hierzu R.G. VII Nr. 123 S. 404 ff., R.G. IX Nr. 81 S. 302 ff.

wesentlich von seiner activen Vertretungsmacht unterscheidet: Ist eine Willenserklärung dem Vereine gegenüber abzugeben, so genügt die Abgabe gegenüber einem Mitgliede des Vorstandes (§ 28 Abs. 2). Vgl. hierzu die oben citirte *L.* 14 *D. ad municipal.* 50. 1.

Der absolute Charakter dieser Vorschrift ergibt sich sowohl *per arg. a contrario* aus § 40 B.G.B. als aus der *ratio legis.* Wieweit der Vorstand Sprechorgan des Vereins sein soll, darüber kann die Vereinsautonomie bestimmen, die Verkehrssicherheit aber verlangt, dass als Seh- und Hörorgan des Vereins jedes einzelne Mitglied seines Vorstandes gelte. Unter Hinweis auf die cit. *l.* 14 *D.* halte ich diese Bestimmung für keine singuläre, vielmehr ihre Ausdehnung von Willenserklärungen, die dem Vereine gegenüber abzugeben sind, auf die Kenntniss rechtserheblicher Thatsachen überhaupt, die z. B. für zahllose subjective Voraussetzungen dinglicher oder obligatorischer Rechtsfolgen, wie u. A. *mala fides, dolus, conscientia fraudis,* Irrthum in Betracht kommen, für berechtigt: was ein Vorstandsmitglied weiss, weiss der Verein als solcher.[1]) Der Verein kann sich dagegen durch keinerlei abweichende statutarische Vorschrift, z. B. auch nicht durch Anordnung einer Collectivvertretung schützen.

Aus dem fiduciarischen Charakter der Vorstandschaft ergibt sich unbeschadet des obligatorischen Anspruches aus der Anstellung die unbedingte, zeitlich unbeschränkte Widerruflichkeit der Vertretungsmacht des Vorstandes. Ja, dieselbe ist sogar bis zu einem gewissen Grade von absolut zwingendem Charakter: sie kann zwar durch das Statut modificirt werden, aber nur soweit, als die Widerruflichkeit beschränkt werden kann auf „wichtige Gründe“ (§ 27, 2). Das Bürgerliche Gesetzbuch hat damit die Entscheidung einer Frage, die unter Umständen von ausserordentlicher Tragweite für die Rechte sowohl des Vereins wie Dritter, die mit den abgesetzten Vorstandsmitgliedern contrahirt haben, dem rein individuellen Ermessen der Gerichte überlassen; denn, indem es als wichtige Gründe grobe Pflichtverletzung und Unfähigkeit zur ordnungsmässigen Geschäftsführung nur beispielsweise

[1]) Anders bei öffentlich-rechtlichen Corporationen.

nennt, hat es den Spielraum der richterlichen Abwägung der Wichtigkeit des Grundes nicht im Mindesten beschränkt.

Durch die Widerruflichkeit der Anstellung wird die obligatorische Gültigkeit anders lautender, etwa auf bestimmte Kündigung, Zeit oder gar Lebensdauer gestellter Anstellungsverträge nicht im Mindesten berührt. Die Norm des § 27, 2 bezieht sich nur auf die Verfassung der Vereine und zwar auf ihr Verhältniss nach Aussen, nicht auf seine privatrechtliche Verpflichtung zu seinen Functionären. Auch bei einem nach § 27, 2 gültigen Widerruf der Vorstandschaft können daher unter Umständen abgesetzte Vorstandsglieder Gehaltsansprüche bzw. Ansprüche wegen negativen Vertragsinteresses gegen den Verein erheben.

Neben dem Vorstande kann natürlich ein Verein noch mancherlei besondere Vertreter für bestimmte Aufgaben, für einen begrenzten Geschäftskreis bestellen, z. B. besondere Cassirer, örtlich Delegirte, Syndici u. s. w. Die Vertretungsmacht derselben ergibt sich aus der ihnen statutarisch oder durch den Anstellungsbeschluss ertheilten Vollmacht.

2. Die Mitgliederversammlung. Die Mitgliederversammlung oder Generalversammlung ist zwar als solche, sofern sie nicht sich ausdrücklich durch das Statut (siehe S. 201 oben) auch als Vorstand constituirt hat, kein Vertretungsorgan des Vereins, wie sich falsch die Motive I S. 106 ausdrücken, wohl aber das wichtigste, das oberste Willensorgan derselben, der eigentliche Träger der Vereins-Souveränetät, von dem alle anderen stets widerruflichen Aemter abhängig sind. Wenn und soweit der Verein eine mehr als juristische ideelle Realität hat, so fällt letztere mit der Mitgliederversammlung zusammen. Dass durch sie der Vorstand und andere Beamte bestellt werden, ist bereits erwähnt; ebenso dass sie diese Anstellungen jeder Zeit widerrufen kann. Sie hat aber daneben alle (inneren) Angelegenheiten des Vereins, soweit ihre nicht dem Vorstande oder einem anderen Vereinsorgane übertragen sind, durch ihre Beschlussfassung zu ordnen. Für diese Beschlussfassung gelten die bereits unter 1 bei ihrer analogen Anwendung auf die Vorstandsversammlung erwähnten Normen: Zur Gültigkeit des Beschlusses ist erforderlich, dass

der Gegenstand der Beschlussfassung, zu dem die Versammlung berufen ist (Tagesordnung), bezeichnet ist, es entscheidet dann die Mehrheit der erschienenen Mitglieder. — Nach Pandektenrecht nahm man in analoger Verwendung der zunächst nur für Decurionen-Versammlungen bestimmten *l.* 3 *D. de decretis* 50, 9 an, dass wenigstens zwei Drittheile aller Mitglieder erschienen sein müssten; das Bürgerliche Gesetzbuch hat eine derartige oder analoge Beschränkung der Beschlussfähigkeit für unzweckmässig gehalten; indem es jedoch eine Mehrheit der erschienenen Mitglieder fordert, scheint es doch, da Stimmengleichheit das Zustandekommen eines „Beschlusses" ausschliesst, zur Annahme einer Mitgliederversammlung mindestens drei erschienene Personen zu fordern.

Ohne Versammlung der Mitglieder kann nur durch Stimmeneinhelligkeit ein Beschluss zu Stande kommen, und zwar in schriftlicher Form, indem alle Mitglieder ihre Zustimmung zu dem Beschlusse durch eigenhändige Namensunterschrift erklären (§ 32).

Eine qualificirte Majorität von drei Viertel der erschienenen Mitglieder ist zu einem Beschlusse erforderlich, der eine Statutenänderung (Aenderung der Satzung) enthält, Zustimmung aller Mitglieder zur Aenderung des Vereinszweckes; die Zustimmung der nicht erschienenen Mitglieder muss auch in diesem Falle schriftlich erfolgen. Bei concessionirten Vereinen ist ausserdem zur Aenderung des Statuts (der Satzung) noch staatliche Genehmigung oder, falls es sich um einen vom Bundesrath concessionirten Verein handelt, die Genehmigung des Bundesrathes erforderlich.

Uebrigens kann, wie § 40 B.G.B. ausdrücklich anerkennt, der Verein in seinem Gründungsstatut sich von vornherein der im Vorstehenden gezeichneten Souveränetät seiner Mitgliederversammlung entäussern (bis auf den schon gedachten Grenzpunkt der Widerruflichkeit), auch die Genehmigung der Statutenänderung durch die Staatsbehörde bzw. den Bundesrath beim concessionirten Verein kann durch das Gründungsstatut ausgeschlossen werden, es liegt dann eben in der Genehmigung des letzteren die Concession einer über die gesetzliche Regel hinausgehenden Vereinsautonomie.

Nach dem Wortlaut des § 40 B.G.B. kann also die Satzung sogar die Aenderung des Vereinszweckes von der Zustimmung aller Vereinsmitglieder ablösen und beliebig auf Majorität oder gar Beschlüsse des Vorstandes stellen. Dennoch halte ich bloss darum eine so weit gehende Vereinsautonomie nicht für gegeben. Der § 33 B.G.B. spricht nur aus, dass zur Aenderung des Zweckes des Vereins die Zustimmung aller Mitglieder erforderlich sei, nicht dass sie auch genügend sei. Es scheitert m. E. die Möglichkeit einer so weit gehenden Delegation der Befugnisse an den allgemeinen Grundsätzen der privatrechtlichen Willensdelegation; bei wesentlicher Aenderung eines Vereinszweckes handelt es sich materiell um eine neue Vereinsbildung. Niemand kann sich durch Beitritt zu einem Verein auf die Mitgliedschaft zu allen möglichen anderen Vereinen, in die sich dieser erste Verein eventuell umwandeln könnte, verpflichten. M. E. liegt im § 40, sofern er auch den § 33 ohne Unterschied für dispositiv erklärt, ein unabsichtliches und durch die allgemeinen Grundsätze über Privatautonomie und ihre Schranken (vgl. S. 31 oben) zu corrigirendes Redactionsversehen.

Die Einberufung und Leitung der Mitgliederversammlung ist Aufgabe des Vorstandes oder der sonstigen nach der Verfassung dazu ermächtigten Personen. Doch ist der Vorstand bzw. sind die sonstigen dazu in der Verfassung ermächtigten Personen zur Berufung der Mitgliederversammlung nicht nur in den in der Verfassung bestimmten Fällen, sondern allgemein stets dann verpflichtet, wenn das Interesse des Vereins es erfordert. Allerdings ist diese Pflicht nicht direct erzwingbar, zunächst eine blosse Ordnungsvorschrift (*lex imperfecta*), sie wird aber erheblich dadurch, dass der Verein eine Regressklage gegen abgesetzte Vorstandsmitglieder auf diese Pflichtverletzung gründen kann, ferner bildet sie einen der Fälle, für welche der Verein nicht auf die Widerruflichkeit der Vorstandsbestellung verzichten kann. Ausserdem ist die Mitgliederversammlung zu berufen, wenn der durch das Statut (die Satzung) bestimmte Theil oder in Ermangelung einer Bestimmung der zehnte Theil der Mitglieder die Berufung schriftlich unter Angabe des Zweckes und der Gründe

verlangt; und in diesem Falle ist die Berufung direct erzwingbar. Kommt nämlich der Vorstand dem Verlangen nicht nach, so kann das Amtsgericht, in dessen Bezirke der Verein seinen Sitz hat, die Mitglieder, welche das Verlangen gestellt haben, zur Berufung der Versammlung ermächtigen und über die Führung des Vorsitzes in der Versammlung Bestimmung treffen (§ 37, 2). Die Protokolle bemerken hierzu, das Gericht habe nicht zu prüfen, ob die Einberufung nach den Statuten oder durch das Vereinsinteresse geboten sei, sondern es habe lediglich die formale Voraussetzung festzustellen, ob ein Zehntel der Mitglieder den Antrag auf Einberufung unterstützt hat. Allein diese Meinung der Commission hat im Gesetzestext keinen Ausdruck gefunden, es heisst vielmehr ausdrücklich „kann" ermächtigen; mit Riedel (Das Bürgerliche Gesetzbuch in Vergleiche mit dem Preussischen Allgemeinen Landrecht S. 129) ist daher anzunehmen, dass das Amtsgericht den Antrag auch bei Erfüllung der formalen Voraussetzung, wenn es den angegebenen Zweck und die Begründung des Antrags für ungenügend erachtet, ablehnen kann. — Wird eine Mitgliederversammlung auf Grund einer solchen amtsgerichtlichen Ermächtigung berufen, so muss auf diese bei der Berufung der Versammlung Bezug genommen werden: die Unterlassung einer solchen Bezugnahme würde, da es sich um eine „Mussvorschrift" handelt, Nichtigkeit der Versammlungsbeschlüsse zur Folge haben.

Der Vorstand ist zur Ausführung aller nicht statuten- oder gesetzwidrigen Versammlungsbeschlüsse verpflichtet und zwar nach den in §§ 664—670 B.G.B. für das Auftragsverhältniss aufgestellten Grundsätzen. [1])

[1]) § 664: Der Beauftragte darf im Zweifel die Ausführung des Auftrags nicht einem Dritten übertragen. Ist die Uebertragung gestattet, so hat er nur ein ihm bei der Uebertragung zur Last fallendes Verschulden zu vertreten. Für das Verschulden eines Gehülfen ist er nach § 278 verantwortlich.

§ 278: Der Schuldner hat ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, in gleichem Umfange zu vertreten, wie eigenes Verschulden. Die Vorschrift des § 276 Abs. 2 („Die Haftung

Eine Beurkundung der Beschlüsse der Mitgliederversammlung (Protokollirung) ist zwar gesetzlich nicht vorgeschrieben, stellt sich aber der Natur der Sache nach als wünschenswerth dar und wird auch wohl in den meisten Vereinssatzungen normirt werden.

3. Die Rechtsstellung der einzelnen Mitglieder: Pandektenrechtlich vorherrschend war früher auf Grund der *l.* 7 D. § 1; *h. t.* 3, 4 [1]) die Anschauung, dass die einzelnen Mitglieder in vereinsrechtlicher Beziehung gar nicht in Betracht kämen. Allein schon mit Hinsicht auf das Stimmrecht erweist sich die Oberflächlichkeit dieser Anschauung. Die unbefangene Betrachtung zwingt vielmehr zu dem Zugeständniss, dass die juristische Persönlichkeit des Vereins nicht ihretwegen, sondern wegen der Mitglieder (allerdings vielfach nicht

wegen Vorsatzes kann dem Schuldner nicht im Voraus erlassen werden") findet keine Anwendung.

§ 665: Der Beauftragte ist berechtigt, von den Weisungen des Auftraggebers abzuweichen, wenn er den Umständen nach annehmen darf, dass der Auftraggeber bei Kenntniss der Sachlage die Abweichung billigen würde. Der Beauftragte hat vor der Abweichung dem Auftragenden Anzeige zu machen und dessen Entschliessung abzuwarten, wenn nicht mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist.

§ 666: Der Beauftragte ist verpflichtet, dem Auftraggeber die erforderlichen Nachrichten zu geben, auf Verlangen über den Stand des Geschäfts Auskunft zu ertheilen und nach der Ausführung des Auftrags Rechenschaft abzulegen.

§ 667: Der Beauftragte ist verpflichtet, dem Auftraggeber Alles, was er zur Ausführung des Auftrags erhält und was er aus der Geschäftsführung erlangt, herauszugeben.

§ 668: Verwendet der Beauftragte Geld für sich, das er dem Auftraggeber herauszugeben oder für ihn zu verwenden hat, so ist er verpflichtet, es von der Zeit der Verwendung an zu verzinsen.

§ 669: Für die zur Ausführung des Auftrags erforderlichen Aufwendungen hat der Auftraggeber dem Beauftragten auf Verlangen Vorschuss zu leisten.

§ 670: Macht der Beauftragte zum Zwecke der Ausführung des Auftrags Aufwendungen, die er den Umständen nach für erforderlich halten darf, so ist der Auftraggeber zum Ersatze verpflichtet.

[1]) *Si quid universitati debetur, singulis non debetur: nec quod debet universitas, singuli debent.*

bloss wegen der gegenwärtigen, sondern auch wegen der künftigen) da ist.

Die Mitglieder sind die Destinatäre der juristischen Person. Dieses Bestimmungsverhältniss könnte zwar, wie es bei der Stiftung vorherrschend der Fall ist, ein bloss factisches sein; allein beim Verein ist es zweifellos ein rechtliches, und es ist Sache der Jurisprudenz, zu seiner Construction die richtige Denkform zu finden. Das Recht der einzelnen Mitglieder ist durchaus nicht unvereinbar mit dem Rechte der juristischen Person. Es handelt sich hier um ein der sog. Correalobligation ähnliches Verhältniss, das zwei Seiten hat, einheitlich nach Aussen (als juristische Person), vielköpfig nach Innen (Mitgliedschaftsrechte). Der Mechanismus der juristischen Person soll lediglich durch das Princip „Einer für Alle" die Geltendmachung der Einzelrechte nach Aussen bequemer gestalten. Das römische Recht hat diesen Primat der Mitgliederrechte nie verkannt; regelmässig bezeichnet es sogar die Corporation mit dem Namen der Einzelnen, *cives*, *municipes*, *socii vectigalium publicanorum* u. s. w. Vergl. v. Ihering, Geist des römischen Rechts IV S. 344 (§ 61).[1]) Für die Berechtigung des Einzelnen innerhalb des Vereins sind zwei Grundformen denkbar: a) Die Form der Societät; hier sind soviel Mitglieder, soviel Theile, der Charakteristische dieser Form ist eine geschlossene Mitgliederzahl. Der moderne Typus dieser Vereinsform ist

[1]) „Nicht die juristische Person als solche, sondern die einzelnen Mitglieder sind die wahren Rechtssubjecte, jene ist nichts als die nach aussen gekehrte eigenthümliche Erscheinungs- und Vermittlungsform ihrer rechtlichen Beziehungen zur Aussenwelt, für den Verkehr im Innern hat diese Form nicht die geringste Bedeutung, hier gelangt der Gesichtspunkt des Rechts des Einzelnen auch formal zur vollen Geltung; die Rechte, die verfassungsmässig (statutenmässig) jedem Einzelnen zustehen, kann er, wenn sie ihm bestritten oder durch einen verfassungswidrigen Majoritätsbeschluss entzogen werden, im Wege der Klage verfolgen. Die durch die eigenthümliche Natur des Verhältnisses gebotene Ausschliessung des individuellen Verfügungsrechtes, die Unterredung des Einzelnen unter den Willen der Majorität bei verfassungsmässigen Beschlüssen, prägt diesen Rechten zwar auch nach der inneren Seite hin einen von dem Typus der gewöhnlichen Rechte abweichenden Charakter auf, entzieht ihnen aber den Charakter von Rechten nicht."

die Actiengesellschaft. (Vgl. v. Ihering, Zweck im Recht I S. 300 ff.)

b) Die Form des Genossenschaftsverhältnisses: hier hat der Einzelne keine ideelle Quote. Der Gegensatz dieser Form zu derjenigen der Societät trifft zusammen mit dem zwischen *frui* und *uti*; das *frui* ist theilbar, das *uti* untheilbar. „Ist die Sache darnach angethan, wie z. B. bei öffentlichen Wegen, so können Hunderte und Tausende participiren, ohne dass der Einzelne in seinem *uti* verkürzt wird“. (v. Ihering, a. a. O.).

Das erstere Verhältniss kann sich übrigens auch mit dem letzteren verbinden, so dass innerhalb einer Körperschaft gewisse Mitglieder nur auf letzteres angewiesen sind, andere beide Rechte haben, wie dies vielfach z. B. bei Gemeinden vorkommt.[1]) — Zweifellos kannte das römische Recht für beide Formen der Berechtigung eine *actio;* gegen Kränkung des Rechts durch Aussenstehende wurde diese freilich von der juristischen Person vertreten, aber gegen Kränkung des Einzelrechts innerhalb der Corporation, etwa durch Majoritätsbeschlüsse, stand dem Einzelnen eine *actio* nach Analogie der *actio popularis*, eventuell die subsidiäre *actio injuriarum*, zu Gebote.

Auf Grund des Bürgerlichen Gesetzbuchs haben wir zu unterscheiden:

a) Diejenigen Rechte, die jedem Mitgliede unterschiedslos zustehen, allgemein das Recht der Mitgliedschaft. Dieses Recht ist nicht übertragbar und nicht vererblich, ein *jus personalissimum*. Die Ausübung des Mitgliedschaftsrechtes kann nicht einem Anderen überlassen werden (§ 38), sofern nicht (§ 40) das Statut anders bestimmt. Zu diesen Mitgliedschaftsrechten gehört vor allem das Stimmrecht; sofern das Statut die Vereinssatzung) nichts anderes bestimmt, hat jedes Mitglied eine Stimme. Die Mitgliedschaftsrechte sind entweder zugleich gemeinnützige und selbstnützige, wie das Stimmrecht, oder rein selbstnützige. Zu letzteren gehören die aus der Mitgliedschaft entspringenden Genussrechte, die überwiegend, doch nicht aus-

[1]) z. B. die sog. Reiheberechtigung in Hannover und Braunschweig. Seuffert XLII 6.

schliesslich, vermögensrechtlicher Natur sind. (Recht auf Besuch der Kirche, auf Beerdigung eines Angehörigen im Gemeindefriedhof, auf Benutzung der Gesellschaftsräume oder der Bibliothek eines Erholungsvereins, R.G. XII Nr. 69, S. 284).

Einen Schutz für alle Mitgliedschaftsrechte gegen willkürliche Beeinträchtigung, z. B. verfassungswidrige Ausstossung, gewährt die Feststellungsklage.

Wo der Verein dem Mitgliede auch einen Antheil am *frui* gewährt, hat das Mitglied auch ein directes klagbares Recht auf seinen Antheil (Dividende) am jährlichen Nutzertrag und am Vermögensstück bei Aufhebung der Vermögensgenossenschaft. Jedes Mitglied kann jeder Zeit aus dem Verein nach freiem Entschluss austreten, doch kann durch das Statut (die Satzung) bestimmt werden, dass der Austritt nur am Schlusse eines Geschäftsjahres oder erst nach dem Ablaufe einer Kündigungsfrist zulässig ist; die Kündigungsfrist kann höchstens zwei Jahre betragen; an weitere erschwerende Bedingungen darf der Austritt nicht geknüpft werden.[1])

Man pflegt zur Zeit gemeinnützige Mitgliederrechte, welche das Mitglied unabhängig von dem Willen der Gesammtheit doch im Interesse der letzteren zu verfolgen berechtigt ist, wie z. B. das Recht des § 37 B.G.B. auf Berufung der Mitgliederversammlung, auch gegen den Willen des Vorstandes, das Recht, Beschlüsse im Wege der Feststellungsklage anzufechten, auch als Individualrechte zu bezeichnen.

b) Sonderrechte, *jura singulorum* — wohl zu unterscheiden von den allen Mitgliedern zustehenden sog. Individualrechten — nennt man besondere Vorrechte einzelner Mitglieder oder einer privilegirten Classe derselben, die ihnen im Statut gewährleistet sind. Sie können vermögensrechtlicher Natur sein, z. B. auf bevorzugte Stellung in der Nutzung des Vereinsvermögens oder auf besondere Gewinnantheile gerichtet sein, oder auch nicht vermögensrechtlicher Natur, z. B. Anspruch auf Zugehörigkeit zum Vorstande, zum Aufsichtsrath u. s. w., qualificirtes Stimmrecht. Sie können nicht ohne die Zustimmung des sonderberechtigten Mitgliedes durch Beschluss

[1]) R.G. XXX S. 81, XXXIII S. 65.

der Mitgliederversammlung beeinträchtigt werden (§ 35). Sie gelten als auf Grund der Statuten wohlerworbene Rechte, *jura quaesita.*[1]) Jeder ein solches Sonderrecht beeinträchtigende Beschluss kann wie jeder andere gesetz- und statutenwidrige Beschluss im Wege der Feststellungsklage angefochten werden.

Derartige Sonderrechte sind nicht zu verwechseln mit Einzelrechten, die auf Specialtiteln beruhen, die das betreffende Mitglied der Corporation gegenüber in die Stellung eines Fremden bringen, z. B. aus einem von ihm der Corporation gewährten Darlehen.[2]) Hierfür ist die Mitgliedschaft gleichgültig.

Den Mitgliedschaftsrechten entsprechen die Mitgliedschaftspflichten, wie auch den Sonderrechten Sonderverpflichtungen gegenüber treten können.

II. Die eingetragenen Vereine insbesondere:

Für diese treten zu den bisherigen allgemeinen Normen eine Anzahl besonderer Formvorschriften hinzu, die theils bloss reglementärer Natur, Ordnungsvorschriften, theils zwingenden Charakters, Mussvorschriften, sind. Das Statut, die Satzung, muss den Zweck, den Namen und den Sitz des Vereins enthalten und ergeben, dass der Verein eingetragen werden soll (§ 57, 1). Es wird kaum jemals vorkommen, dass ein Verein, obwohl es an diesen Erfordernissen gefehlt hat, die Eintragung erlangt; sollte es vorkommen, so würde sie nichtig sein.[3]) Die Eintragung soll nur erfolgen, wenn die Zahl der Mitglieder mindestens sieben beträgt. Diese Bestimmung ist nur reglementärer Natur, die in Folge eines Irrthums des Registerrichters erfolgte Eintragung eines Vereins von weniger als sieben Mitgliedern hat also gleichwohl rechtliche Gültigkeit. Der Name des eingetragenen Vereins soll sich von dem Namen der an demselben Orte oder in derselben Gemeinde bestehenden eingetragenen Vereine deutlich unterscheiden.[4]) Er erhält mit der Ein-

[1]) Beispiele R.G. VII S. 33, XXII S. 114, XXXIII S. 177.

[2]) R.G. XI Nr. 60 u. 61. Ueber die Beweislast bei der Frage, ob ein solches Einzelrecht oder ein Sonderrecht vorliegt, vgl. Seuffert XLIII 88.

[3]) Vgl. hierzu oben § 5 S. 200.

[4]) Vgl. hierzu Riedel, das B.G.B. im Vergleich mit d. Preuss. Recht S. 173: „Nichtsdestoweniger darf der Registerrichter, wenn er die

tragung den Zusatz „eingetragener Verein“ (§ 65). Die Satzung soll Bestimmungen enthalten: 1. über den Eintritt und Austritt der Mitglieder, 2. darüber, ob und welche Beiträge von den Mitgliedern zu leisten sind, 3. über die Bildung des Vorstandes, 4. über die Voraussetzungen, unter denen die Mitgliederversammlung zu berufen ist, über die Form der Berufung und über die Beurkundung der Beschlüsse. Sie ist der Anmeldung zur Eintragung, die durch den Vorstand geschehen soll, in Urschrift und Abschrift beizufügen, nebst einer Abschrift der Urkunden über die Bestellung des Vorstandes,

Ueberzeugung erlangt, er habe unter Verstoss gegen § 57, 1 die Eintragung bewirkt, dieselbe nicht *ipso jure* — ohne Antrag und Urtheil zur Löschung bringen. (Entsch. des. K.G. Bd. 13 S. 59—64.) Andererseits vermag ein nichtiger Verein seine Satzung nicht durch Beschluss der Mitglieder-Versammlung abzuändern, um so dem Mangel abzuhelfen; denn eine Bethätigung der Organe des Vereins setzt deren Rechtsbeständigkeit voraus. Es bleibt nichts als Neubegründung des Vereins übrig. — Wie ist aber die Nichtigkeit geltend zu machen, der nichtige Verein zur Löschung zu bringen und welche Rechtsgrundsätze kommen für die von dem Verein trotz Nichtigkeit vorgekommenen Rechtsakte sowie für die Liquidation desselben in Betracht? Die ersteren Fragen finden weder im Handelsgesetzbuch für die Gesellschaften desselben noch für die Gesellschaften m. b. H. im R.G. vom 20. März 1892 noch für die Genossenschaften im R.G. vom 1. Mai 1889 eine Beantwortung. Alle diese Gesetze weisen insofern eine Lücke auf. Sie wird im Entwurf des H.G.B., durch §§ 281—283 für die Actiengesellschaft dahin ausgefüllt, dass jedes Mitglied, der Vorstand, der Aufsichtsrath, auch die Staatsbehörde die Nichtigkeitsklage im ordentlichen Prozesswege anstrengen kann und dass auf Grund der lediglich declaratische Bedeutung besitzenden Urtheils die Eintragung der Nichtigkeit im Register erfolgt.

Für die Vereine hat die streitige Frage im Bürgerlichen Gesetzbuch ebenfalls keine Beantwortung gefunden, soll ihre Lösung aber in dem in Aussicht genommenen Gesetz über das Verfahren in Angelegenheiten der nicht streitigen Gerichtsbarkeit finden.“

Uebrigens ist es zweifellos, dass eine Feststellungsklage auf Nichtigkeit des Vereins aus § 231 C.P.O. Jedermann hat, der ein rechtliches Interesse daran hat; aber freilich gilt ein so erstrittenes Urtheil nicht *extra partes*, nicht *in rem* und berechtigt nicht, die Löschung des Vereins im Register zu erzwingen.

sie soll von mindestens sieben Mitgliedern unterzeichnet sein und die Angabe des Tages der Errichtung enthalten (§ 59). Alle Anmeldungen zum Vereinsregister sind von den Mitgliedern des Vorstandes in öffentlich beglaubigter Erklärung zu bewirken (§ 77 B.G.B.).

Wenn die Anmeldung diesen Erfordernissen nicht genügt, so ist sie von dem Amtsgericht unter Angabe der Gründe zurückzuweisen. Gegen den zurückweisenden Beschluss findet die sofortige Beschwerde nach den Vorschriften der Civilprocessordnung statt.[1])

Wird die Anmeldung trotz Mangels der zuletzt genannten nur reglementären Erfordernisse zugelassen, so ist die darnach erfolgende Eintragung nicht nichtig. Die Eintragung kann aber erst erfolgen, nachdem die Anmeldung der zuständigen

[1]) „Die Beschwerde ist binnen einer Nothfrist von zwei Wochen, welche mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, einzulegen. Die Einlegung bei dem Beschwerdegerichte genügt zur Wahrung der Nothfrist, auch wenn der Fall für dringlich nicht erachtet wird. Das Gericht ist zu einer Abänderung seiner durch Beschwerde angegriffenen Verfügung nicht befugt.“ (§ 540 C.P.O.)

„Ueber die Beschwerde entscheidet das im Instanzenzuge zunächst höhere Gericht. Gegen die Entscheidung des Beschwerdegerichts findet, soweit nicht in derselben ein neuer selbständiger Beschwerdegrund enthalten ist, eine weitere Beschwerde nicht statt.“ (§ 531 C.P.O.)

„Die Beschwerde wird bei dem Gericht eingelegt, von welchem oder von dessen Vorsitzenden die angefochtene Entscheidung erlassen ist.“ (Doch vgl. § 540 C.P.O.)

„Die Einlegung erfolgt durch Einreichung einer Beschwerdeschrift.“ (§ 532.)

„Die Beschwerde kann auf neue Thatsachen und Beweise gestützt werden.“ (§ 533 C.P.O.)

„Die Entscheidung der Beschwerde kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen.“ (§ 536 C.P.O.)

„Das Beschwerdegericht hat von Amtswegen zu prüfen, ob die Beschwerde an sich statthaft und ob sie in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt sei. Mangelt es an einem dieser Erfordernisse, so ist die Beschwerde als unzulässig zu verwerfen.“ (§ 537 C.P.O.)

„Erachtet das Beschwerdegericht die Beschwerde für begründet, so kann er demjenigen Gericht oder Vorsitzenden, von welchem die Beschwerende Entscheidung erlassen ist, die erforderliche Anordnung übertragen.“ (§ 538 C.P.O.)

Verwaltungsbehörde mitgetheilt und diese nicht innerhalb der Frist von sechs Wochen Einspruch erhoben hat, worüber bereits oben S. 198 gehandelt.

Der Anmeldung braucht kein Mitgliederverzeichniss beigefügt zu sein, doch kann das Amtsgericht jeder Zeit den Vorstand zur Einreichung eines solchen veranlassen (§ 72 B.G.B.).

Wenn die Eintragung erfolgt, so sind der Name und der Sitz des Vereins, der Tag der Errichtung der Satzung, sowie die Mitglieder des Vorstandes im Vereinsregister anzugeben. Ausserdem sind Bestimmungen, die den Umfang der Vertretungsmacht des Vorstandes beschränken oder die Beschlussfassung des Vorstandes abweichend von den allgemeinen Vorschriften regeln, einzutragen (§ 64 B.G.B.). Es genügt also nicht, dass derartige von den allgemeinen gesetzlichen Ergänzungsvorschriften abweichende statutarische Bestimmungen aus den Beilageakten des Registers ersichtlich sind, sie müssen unmittelbar aus dem Register zu ersehen sein. Die Eintragung ist ihrem ganzen Inhalt nach in dem für die Bekanntmachungen des Amtsgerichts bestimmten Blatte zu veröffentlichen. Die Urschrift des Statuts (der Satzung) ist mit einer Bescheinigung der Eintragung versehen dem Vorstande zurückzugeben, während die Abschrift von dem Amtsgerichte beglaubigt und mit den übrigen Schriftstücken (der Anmeldung u. s. w.) bei den Registerakten aufbewahrt wird (§ 66 B.G.B.).

Aenderungen der Satzung bedürfen zu ihrer Wirksamkeit ebenfalls der Eintragung in das Vereinsregister; bei den eingetragenen Vereinen tritt also zu den materiellen und statutarischen Bedingungen der Statutenänderung damit noch ein wichtiges Formrequisit hinzu, erst durch die Eintragung erhalten sie Gültigkeit. Die Anmeldung solcher Aenderungen ist, wie die erste Anmeldung, Sache des Vorstandes; er hat der Anmeldung den die Aenderung enthaltenden Beschluss, wie bei der Anmeldung des Gründungsstatuts, in Urschrift und Abschrift beizufügen. Der Registerrichter hat dann wiederum zu prüfen, ob die formellen Erfordernisse eines gültigen Beschlusses vorliegen, und auch die Aenderungen der zuständigen Verwaltungsbehörde mitzutheilen, und kann die Eintragung erst verfügen, wenn letztere nicht

innerhalb der Frist von sechs Wochen Einspruch erhoben hat. Dagegen braucht die Aenderung der Satzung, wenn ihre Eintragung nach Ablauf der Einspruchsfrist erfolgt, nicht veröffentlicht zu werden (§ 71 B.G.B.). Nach der Eintragung ist wiederum die Urschrift mit der Bescheinigung der Eintragung zu versehen und zurückzugeben, während die Abschrift vom Amtsgerichte beglaubigt und bei den Registerakten aufbewahrt wird. Ferner ist zur Eintragung anzumelden jede Aenderung des Vorstandes, sowie die erneute Bestellung eines Vorstandsmitgliedes, und zwar ebenfalls unter Beifügung einer Abschrift der Urkunde über die Aenderung oder die erneute Bestellung. Die Eintragung gerichtlich bestellter Vorstandsmitglieder im Falle einer Vacanz auf Grund eines Dringlichkeitsantrages (siehe oben S. 200) erfolgt von Amtswegen. — Uebrigens hat diese Eintragung der Vorstandsänderungen bzw. erneuten Bestellung nicht die rechtsbegründende Bedeutung der Eintragung einer Satzungsänderung, vielmehr nur die im Folgenden zu erörternde Wirkung für den guter Glauben Dritter.

Das Vereinsregister hat eine ähnliche Bedeutung wie das Handelsregister: Es ist öffentlich. Die Oeffentlichkeit besteht in Folgendem: Die Einsicht des Vereinsregisters sowie der von dem Vereine bei dem Amtsgerichte eingereichten Schriftstücke ist Jedem gestattet; von den Eintragungen kann eine Abschrift gefordert werden; die Abschrift ist auf Verlangen zu beglaubigen (§ 79). Erste Eintragungen (die Gründung eines Vereins betr.) sind im Amtsblatt zu veröffentlichen. Warum nicht auch alle anderen Eintragungen (Satzungsänderungen, Vorstandsänderungen) in dem Blatte veröffentlicht werden sollen, ist mir unverständlich, hoffentlich hat man nicht an Insertionsgebühren sparen wollen, und wünschenswerth wäre es jedenfalls, wenn die Praxis der Amtsgerichte — vielleicht auf Grund ausdrücklicher Anweisung der Justizministerien — hier ein Mehreres thäte, als das B.G.B. fordert und sich von vornherein zur Publication aller Eintragungen bequemte. Abgesehen von dem einen Falle, wo die Eintragung wesentliches Formrequisit ist (Aenderung der Satzung), besteht ihre Wirkung, wie beim Handelsregister, in der Begründung einer gesetzlichen Erkundigungspflicht

und Aenderung der Beweispflicht bezüglich der eingetragenen Thatsache: Bestimmungen, die den Umfang der Vertretungsmacht des Vorstandes beschränken oder die Beschlussfassung des Vorstandes abweichend von der allgemeinen Norm regeln, werden als jedem Dritten bekannt präsumirt. Ebenso wird präsumirt, dass jede eingetragene Aenderung des Vorstandes, sowie die erneute Bestellung eines Vorstandsmitgliedes jedem Dritten bekannt ist. Der Dritte kann, da nur eine Präsumtion seiner Kenntniss durch die Eintragung begründet wird, sein Nichtwissen beweisen und diese Präsumtion widerlegen, aber es genügt nicht der Beweis seines Nichtwissens, er muss — darin eben liegt *implicite* die Normirung der gesetzlichen Erkundigungspflicht — auch die Entschuldbarkeit seines Nichtwissens beweisen. Er muss beweisen, dass er die eingetragene Thatsache nicht gekannt habe und dass seine Unkenntniss auch nicht auf Fahrlässigkeit beruhte.

„Der eine Beweis befreit nicht von dem andern, es kann aber der eine in dem andern enthalten sein. Der zweifache Beweis ist geführt durch den Beweis der absoluten Unmöglichkeit des Wissens zu der Zeit des Contrahirens an dem Ort des Contrahirens, dass die Nachricht von der eingetragenen Thatsache unmöglich damals habe dort sein können. In diesem Falle kann von einem Wissenmüssen nicht die Rede sein. Was eingetragen (und event. auch veröffentlicht) ist, das soll der Dritte unter Umständen wissen müssen. Das heisst, sein Nichtwissen ist je nach den Umständen entschuldigt oder nicht entschuldigt. Unter welchen? Es heisst nicht, dass es unter Umständen gelte, als ob der Nichtwissende wisse; mithin kann das Nichtwissen des Individuums entschuldigt werden, trotzdem dass eine allgemeine Kunde war, und soll es andererseits nicht schon deshalb entschuldigt werden, weil noch keine allgemeine Kunde war. Damit, dass der Dritte soll wissen müssen, ist eine gesetzliche Erkundigungspflicht ausgesprochen. Es fragt sich nach deren Inhalt. Der Dritte muss die einschlagenden öffentlichen Blätter oder das Register einsehen oder einsehen lassen. Zu weiteren Nachforschungen ist er nicht verpflichtet. Seine Entschuldigung des Nichtwissens kann dahin lauten: er sei

entschuldbarer Weise noch nicht in der Lage gewesen, das jüngste Zeitungsblatt, welches die Eintragung anzeige, damals dort (als und wo contrahirt wurde) einzusehen, es sei kurz vorher angekommen, aber erst später von ihm eingesehen. Hier wird bedeutend, dass er die öffentlichen Blätter sofort nach ihrem Erscheinen sich zugänglich machen und sofort, nachdem sie ihm zugänglich sind, einsehen muss. Sofort, d. h. alsbald nach billigem Ermessen.

Das eine wie das andere unterlässt er auf seine Gefahr, er wagt es auf den Einwand, dass das thunliche eiligere Verfahren hier praktisch geworden wäre. Wenn die befreiende Thatsache schon vor längerer Zeit eingetragen und veröffentlicht worden ist, so wird die Entschuldigung des Nichtwissens selten möglich sein; denn der Dritte hat dann keinen Grund anzunehmen, dass die verpflichtende Thatsache dennoch bestehe; durch die Einsicht des Registers oder der öffentlichen Blätter würde er ausser der verpflichtenden Thatsache auch die befreiende erfahren haben." (Thöl, Handelsrecht I § 54 S. 175 ff. zum Handelsregister.)

Es kommt auf die im Verkehr übliche Sorgfalt an, ein Nichtwissen, das sich bei solcher Sorgfalt vermeiden lässt, ist nicht entschuldbar (§ 276 B.G.B.).

Eine nicht eingetragene Registerthatsache, sei es Beschränkung der Vertretungsmacht oder Aenderung im Vorstandspersonal, kann nur einem Wissenden entgegengesetzt werden und ihm muss sein Wissen bewiesen werden.

§ 6.

Untergang der Corporationen. (Entziehung der Rechtsfähigkeit und Auflösung. Schicksal des Vermögens einer untergegangenen Corporation. Liquidation.)

I. Der Untergang der Corporation ist entweder Folge eines hierauf gerichteten Actes oder des Wegfalls der Mitglieder bzw. der Voraussetzungen ihres Bestehens, entweder tritt er ein mittelbar (vermittelt durch einen Beschluss) oder unmittelbar, *ipso jure*. Im ersteren Falle ist ferner der Untergang entweder ein unfreiwilliger oder freiwilliger. Unfrei-

williger Untergang findet statt, wenn der Staat, durch dessen Verleihung oder mit dessen Genehmigung die juristische Persönlichkeit erlangt ist, sie wieder entzieht. (Entziehung der Rechtsfähigkeit):

1. Allgemein kann die Staatsbehörde jedem Vereine, sowohl dem concessionirten, wie dem eingetragenen die Rechtsfähigkeit entziehen (§ 43 B.G.B.), wenn er durch einen gesetzwidrigen Beschluss der Mitgliederversammlung oder durch gesetzwidriges Verhalten des Vorstandes das Gemeinwohl gefährdet.

2. Einem Vereine, dessen Zweck nach der Satzung nicht auf einen wirthschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, also einem Vereine mit sog. idealer Tendenz kann die Rechtsfähigkeit entzogen werden, wenn er dennoch einen solchen Zweck verfolgt (§ 43, 2).

3. Einem Vereine, der nach der Satzung einen politischen, socialpolitischen oder religiösen Zweck nicht hat, kann die Rechtsfähigkeit entzogen werden, wenn er dennoch einen solchen Zweck verfolgt (§ 43, 3).

4. Endlich kann einem concessionirten Vereine (einem Vereine, dessen Rechtsfähigkeit auf Verleihung beruht), die Rechtsfähigkeit schon dann entzogen werden, wenn er überhaupt irgend einen anderen, als den in der Satzung bestimmten Zweck verfolgt (§ 43, 4). Die Rechtsfähigkeit ist ihm ja unter Voraussetzung der Wahrheit des in der Satzung bezeichneten Zweckes verliehen worden, die Verleihung ist ein Privilegium und es liegt einer Fall der *subreptio* bzw. *obreptio privilegii* vor. [1])

5. Endlich kann insbesondere einem eingetragenen Vereine die Rechtsfähigkeit entzogen werden von seiten des Amtsgerichts, wenn die Zahl der Vereinsmitglieder unter drei herabsinkt, und zwar sowohl auf Antrag des Vorstandes als auch, wenn der Antrag nicht binnen drei Monaten gestellt wird, von Amtswegen nach Anhörung des Vorstandes (§ 73 B.G.B).

In den Fällen 1—4, in welchen die Entziehung der Rechtsfähigkeit durch Beschluss der Verwaltungsbehörde erfolgt,

[1]) Vgl. *l.* 2—5 *Cod: si contra jus* 1, 22. *l.* 2 *Cod. de dil.* 3, 11.

kann in denjenigen Bundesstaaten, die ein Verwaltungsstreitverfahren haben, der Beschluss der zuständigen Verwaltungsbehörde nach dem für dieses Verwaltungsstreitverfahren massgebenden Instanzenzuge angefochten werden; wo aber ein Verwaltungsstreitverfahren nicht besteht, finden die Vorschriften der §§ 20, 21 der Gewerbeordnung Anwendung;[1]) die Entscheidung erfolgt in erster Instanz durch die höhere Verwaltungsbehörde, in deren Bezirke der Verein seinen Sitz hat.

Beruht die Rechtsfähigkeit auf Verleihung durch den Bundesrath, so erfolgt die Entziehung

[1]) § 20 R.G.W.O: „Gegen den Bescheid ist Rekurs an die nächstvorgesetzte Behörde zulässig, welcher bei Verlust derselben binnen vierzehn Tagen, vom Tage der Eröffnung des Bescheides an gerechnet, gerechtfertigt werden muss.

Der Rekursbescheid ist den Parteien schriftlich zu eröffnen und muss mit Gründen versehen sein."

§ 21: „Die näheren Bestimmungen über die Behörden und das Verfahren, sowohl in der ersten als in der Rekurs-Instanz, bleiben den Landesgesetzen vorbehalten. Es sind jedoch folgende Grundsätze einzuhalten:

1) In erster und zweiter Instanz muss die Entscheidung durch eine kollegiale Behörde erfolgen. Diese Behörde ist befugt, Untersuchungen an Ort und Stelle zu veranlassen, Zeugen und Sachverständige zu laden und eidlich zu vernehmen, überhaupt den angetretenen Beweis im vollen Umfange zu erheben.
2) Bildet die kollegiale Behörde die erste Instanz, so ertheilt sie ihre Entscheidung in öffentlicher Sitzung, nach erfolgter Ladung und Anhörung der Parteien, auch in dem Falle, wenn zwar Einwendungen nicht angebracht sind, die Behörde aber nicht ohne weiteres die Genehmigung ertheilen will und der Antragsteller innerhalb vierzehn Tagen nach Empfang des die Genehmigung versagenden oder nur unter Bedingungen ertheilenden Bescheides der Behörde auf mündliche Verhandlung anträgt.
3) Bildet die kollegiale Behörde die zweite Instanz, so ertheilt sie stets ihre Entscheidung in öffentlicher Sitzung, nach erfolgter Ladung und Anhörung der Parteien.
4) Als Parteien sind die Unternehmer (Antragsteller), sowie diejenigen Personen zu betrachten, welche Einwendungen erhoben haben.
5) Die Oeffentlichkeit der Sitzungen kann unter entsprechender Anwendung der §§ 173 bis 176 des Gerichtsverfassungsgesetzes ausgeschlossen oder beschränkt werden.

durch Beschluss des Bundesraths (§ 44, 2); in diesem Falle ist selbstverständlich kein weiterer Instanzenzug gegeben.

Im Falle 5 dagegen, in dem die Rechtsfähigkeit einem eingetragenen Vereine durch das Amtsgericht entzogen wird, findet gegen den Beschluss des letzteren die sofortige Beschwerde nach den Vorschriften der Civilprocessordnung statt. [1]) Der Verein verliert die Rechtsfähigkeit mit der Rechtskraft des Beschlusses, also im Fall keine Beschwerde eingelegt wird, nach Ablauf von vierzehn Tagen nach der Zustellung des Beschlusses an den Verein (§ 73).

II. Die Möglichkeit eines freiwilligen Untergangs (Selbstauflösung der Corporation) war im Pandektenrecht nicht unbestritten. Aus rein formalistischen Gründen wurde sie von Einigen schlechthin verneint, z. B. von Puchta [2]), da auch eine natürliche Person ihre Persönlichkeit nicht durch blosse Erklärung vernichten könne. Aus ebenso scholastischen Gründen wurde sie von Anderen unbedingt bejaht, gewissermassen als Recht auf Selbstmord, wieder Andere forderten Einstimmigkeit der Mitglieder, oder im Fall eines Majoritätsbeschlusses wenigstens das Recht der Minderheit, die Corporation fortsetzen zu dürfen. [3]) Die Quellen gaben keinen Anhalt für die Entscheidung der Frage. Der Natur der Sache nach ist aber zu unterscheiden zwischen Corporationen mit öffentlichem Zweck und solchen mit reinem Privatzweck. Bei ersteren ist zweifellos eine Auflösung durch einfachen Mitgliederbeschluss ohne Genehmigung des Staates nicht zulässig. Dagegen steht bei Vereinen mit reinem Privatzweck einer Auflösung durch die Mitgliederversammlung ev. durch das statutenmässig dazu befugte Organ nichts im Wege.

Das Bürgerliche Gesetzbuch, das nur die Privatvereine berücksichtigt, bestimmt denn auch (§ 41), dass der Verein durch Beschluss der Mitgliederversammlung aufgelöst werden kann; es fordert aber, wenn nicht die Satzung ein Anderes bestimmt, eine qualificirte Majorität, eine Mehrheit von drei

[1]) Vgl. Note 1 S. 216 oben.

[2]) Kl. Schriften S. 509.

[3]) Windscheid, Pand. § 61. Nr. 2.

Viertheilen der erschienenen Mitglieder zu einem solchen Beschlusse.

Beim eingetragenen Verein ist die Auflösung in das Vereinsregister einzutragen. Doch ist diese Eintragung nicht Bedingung der Auflösung, hat vielmehr nur Bedeutung für etwaige Ansprüche Dritter gegen den Verein nach Massgabe der in § 5 (S. 219) dargestellten Beweisregeln.

III. Endlich kann eine Corporation *ipso jure* untergehen, erlöschen 1) durch Wegfall ihrer Voraussetzung, ihres Substrats. Die Voraussetzung, das Substrat der *universitas personarum* ist zweifellos eine Mehrheit physischer Personen. Doch hat die gemeinrechtliche Theorie und Praxis unter Berufung auf *l.* 85 § 1 *D. de R. I.* 50. 17[1]) und *l.* 7 § 2 *D. quod cui. univers.* 3, 4[2]) daran festgehalten, dass die *universitas personarum* durch Herabminderung des Personenstandes bis auf ein Mitglied nicht ohne weiteres aufgelöst werde.[3]) Ja selbst der Wegfall sämmtlicher Mitglieder bewirkt nur bei Vereinen mit reinem Privatzweck den dauernden Fortfall des künstlichen Rechtssubjects; bei Corporationen mit öffentlichen Zwecken (z. B. Zünften) bleibt das etwa nach Fortfall des letzten Mitgliedes noch vorhandene Vermögen für den Corporationszweck passiv gebunden, die Corporation kann wieder aufleben, der Zweck dauert fort, es tritt nur ein Zwischenzustand ein, wie bei der *hereditas jacens* bis zum Antritt der Erben.[4])

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat keinerlei Bestimmung über diesen Erlöschungsgrund getroffen. Die Motive I S. 92 sagen: „Soviel im Besonderen den Wegfall der Mitglieder anlangt, so dürfte zwar eine Vorschrift, welche ausspricht, dass mit diesem Wegfalle die Körperschaft endigt, geeignet sein, verschiedene Streitfragen auf dem Gebiete des gemeinen Rechtes

[1]) *Non est novum, ut quae semel utiliter constituta sunt, durent, licet ille casus exstiterit, a quo initium capere non potuerunt.*

[2]) *Sed si universitas ad unum rediit, magis admittitur, posse eum convenire et conveniri, cum jus omnium in unum reciderit et stet nomen universitatis.*

[3]) Vgl. R.G. XXIII 202.

[4]) Vgl. v. Ihering, dogmat. Jahrbücher X S. 433 ff. u. S. 73 oben.

zu beseitigen (vgl. A.L.R. II. 6 §§ 177—179; sächs. G.B. § 56; sächs. Ges. v. 15. Juni 1868 § 29). Allein einerseits würde eine solche Vorschrift wenig für die öffentlich-rechtlichen Körperschaften passen; andererseits könnte sie der Annahme Raum geben, als solle eine Körperschaft nur bei dem Wegfalle aller Mitglieder endigen, dagegen bei der Herabminderung des Mitgliederbestandes auf eine Person bestehen bleiben, während es nicht wenige Körperschaften gibt, welche bereits dann als aufgelöst anzusehen sind, wenn die zur Beschaffung der vorgeschriebenen Organe erforderliche Zahl von Mitgliedern nicht mehr vorhanden ist. Dazu tritt, dass dieser Erlöschungssgrund nur selten vorkommt, mithin von untergeordneter Bedeutung ist.“ Es bleibt also in dieser Hinsicht beim Landesrecht, also für die bisher gemeinrechtlichen Landestheile beim eben dargestellten Pandektenrecht.

2. Dagegen hat das Bürgerliche Gesetzbuch als einen Grund des Erlöschens der Körperschaft *juris privati*, als Grund des „Verlustes der Rechtsfähigkeit“ eines Vereines die Eröffnung des Concurses anerkannt (§ 42). Die Motive (I S. 92) meinten zwar: „An sich kommt der Eröffnung des Concursverfahrens über das Körperschaftsvermögen die Bedeutung eines allgemeinen Aufhebungsgrundes nicht nothwendig zu. Bei Privatkörperschaften wird der Eintritt des Concurses in der Regel nur zur Folge haben, dass die Mitglieder den Vereinszweck aufgeben und ihr Auseinandergehen beschliessen; möglich bleibt immerhin, dass sie, an der Vereinigung festhaltend, die Einstellung des eröffneten Verfahrens zu erwirken vermögen oder in den Stand gesetzt werden, nach durchgeführtem Concurse den Vereinszweck auch fernerhin zu verfolgen.“ Dagegen glaubte die II. Commission, dem Vorgange der meisten modernen Specialgesetze [1]) folgend, dass das mit der Eröffnung des Concurses eintretende Erlöschen der Rechtspersönlichkeit des Vereines der Sache am besten entspreche. Der Vorstand hat die Eröffnung des Con-

[1]) H.G.B. Art. 242 Nr. 3. Genoss.-Ges. v. 4. Juli 1888 § 34, 3. Hülfskassengesetz vom 7. April 1876 § 29 Abs. 3, Gewerbeordnung § 103 Abs 5, § 104 n. Preuss. Ges. v. 1. April 1879 § 31, 3. Bayr. Ges. v. 29. April 1869 Art. 26 Nr. 4.

cursverfahrens über das Vermögen der Körperschaft bei dem zuständigen Gerichte unverzüglich, d. h. ohne schuldhaftes Zögern zu beantragen, sobald Ueberschuldung vorliegt (§ 42, Abs. 2). Diese Vorschrift erschien nothwendig, da das Vermögen der Corporation das alleinige Haftobject für die Gläubiger bildet. Im gemeinen Concursrecht (vgl. Reichs-Concurs-Ordnung § 94), ist die blosse Zahlungsunfähigkeit, die insbesondere anzunehmen ist, wenn Zahlungseinstellung erfolgt ist, genügend, um das Concursverfahren zu eröffnen. Sie genügt auch gegenüber einem Vereine. Allein, da Zahlungsunfähigkeit vorübergehend auch bei dem Vorhandensein hinreichender Deckmittel vorkommen kann, so lag kein Anlass vor, für diesen Fall den Vorstand zur Stellung des Antrags zu verpflichten, es genügt, dass die Gläubiger selbst dazu in der Lage sind.

Die Feststellung, ob Ueberschuldung vorliegt, kann nach Lage des Falles Schwierigkeiten begegnen; diese Schwierigkeiten sind indessen thatsächlicher Natur. Handelt es sich um Vereine, deren Mitglieder verfassungsmässig verpflichtet sind, zur Deckung der Schulden fortlaufende Beiträge zu leisten, so wird unter Umständen diese verfassungsmässige Beitragspflicht nicht ausser Acht zu lassen sein (Mot. I S. 104).

Erfüllt der Vorstand die ihm obliegende Verpflichtung, den Antrag auf Concurseröffnung zu stellen, nicht rechtzeitig, so sind diejenigen Mitglieder des Vorstandes, denen ein Verschulden an dieser Verzögerung zur Last fällt, den Gläubigern für den daraus entstehenden Schaden verantwortlich, die Pflichtverletzung stellt sich den Gläubigern gegenüber als eine unerlaubte Handlung dar, durch deren Begehung der Vorstand, d. h. diejenigen Mitglieder desselben, denen das Verschulden zur Last fällt, diesen gegenüber sich schadensersatzpflichtig machen. Der Gesichtspunkt des Delictes ergibt zugleich die den Interessen der Gläubiger entsprechende gesammtschuldnerische Verhaftung von mehreren pflichtwidrig handelnden Mitgliedern eines Vorstandes (§ 42, 2).[1])

[1]) Vgl. § 830 B.G.B.: „Haben Mehrere durch eine gemeinschaftlich begangene unerlaubte Handlung einen Schaden verursacht, so ist jeder für

Beim eingetragenen Verein ist die Eröffnung des Concurses von Amtswegen einzutragen.

Wenn das Concursverfahren einmal eröffnet ist, so sind zu unterscheiden:

a) die Wiederaufhebung des Eröffnungsbeschlusses nach § 105 R.C.O. Diese hat rückwirkende Kraft, d. h. die Bedeutung, als ob das Concursverfahren überhaupt nicht eröffnet wäre: folglich wird hierdurch auch der Verlust der Rechtsfähigkeit des Vereins wieder rückgängig gemacht, die juristische Persönlichkeit „lebt" *ipso jure* „wieder auf". Daher muss auch diese Aufhebung des Eröffnungsbeschlusses beim eingetragenen Verein in das Vereinsregister eingetragen werden und zwar von Amtswegen (§ 75). Doch ist das Wiederaufleben der Rechtsfähigkeit durch diese Eintragung, eine bloss reglementäre Vorschrift, nicht bedingt.

b) Aufhebung des Concursverfahrens nach § 151 der Reichs-Concurs-Ordnung (Abhaltung des Schlusstermins) oder § 175 (beim Zwangsvergleich) und

c) Einstellung des Verfahrens nach § 189 (auf Antrag des Gemeinschuldners mit Zustimmung der Concursgläubiger) oder nach § 190 (wegen Nichtvorhandenseins einer die Kosten deckenden Masse): In den beiden letzteren Fällen (b und c) erlangt der Verein die durch die Concurseröffnung verlorene Rechtspersönlichkeit nicht wieder und muss trotz der Einstellung bzw. Aufhebung des Concursverfahrens in Liquidation gehen. Daher ist auch in diesen Fällen eine Eintragung der bezüglichen Beschlüsse des Concursgerichts ins Vereinsregister beim eingetragenen Verein nicht vorgeschrieben (Commiss.-Prot. zu § 75).[1])

den Schaden verantwortlich. Das Gleiche gilt, wenn sich nicht ermitteln lässt, wer von mehreren Betheiligten den Schaden durch seine Handlung verursacht hat.

„Anstifter und Gehülfen stehen Mitthätern gleich."

§ 840: „Sind für den aus einer unerlaubten Handlung entstehenden Schaden Mehrere neben einander verantwortlich, so haften sie, vorbehaltlich der Vorschrift des § 835 Abs. 3, als Gesammtschuldner (§ 835 Abs. 3 bezieht sich nur auf die Eigenthümer der Grundstücke eines Jagdverbandsgebiets im Verhältniss zum Wildschaden)."

[1]) Vgl. Riedel, das B.G.B. in Vergl. mit d. Preuss. R. S. 136

IV. Bei jedem Untergange einer Corporation, sei dieser nun auf unfreiwillige oder freiwillige Auflösung oder auf Verlust der Rechtsfähigkeit zurückzuführen, interessirt am meisten die Frage nach dem Schicksal des Corporationsvermögens. Die herrschende Lehre des Pandektenrechts ging unter Berufung auf *l.* 3 *D. de coll. ill.* 47, 2,[1]) *l.* 5 *Cod. de paganis* 1, 11 dahin, dass es nach der Analogie der für die erblose Verlassenschaft geltenden Grundsätze an den Fiscus fallen müsse, sofern nicht vor der Auflösung durch Beschluss der statutenmässig zuständigen Organe eine Bestimmung darüber getroffen sei. Allein seit geraumer Zeit hat man die Unhaltbarkeit dieser Ansicht erkannt und zwischen Vereinen mit öffentlichen und reinen Privatzwecken unterschieden; bei ersteren kann von einer Vertheilung des Vermögens bzw. einer Verfügung über dasselbe auch vor Auflösung der Körperschaft nicht die Rede sein, das Vermögen fällt in allen Fällen, wo nicht das bereits staatlich genehmigte Statut ein Anderes bestimmt hat, dem Staat (bei kirchlichen Anstalten der Kirche) zur anderweitigen Verwendung für analoge Zwecke anheim; bei letzteren dagegen ist ein Anspruch des Fiscus überall nicht zu begründen. Die juristische Person dient den physischen Personen, die in ihr sich nach Aussen hin vereinheitlicht hatten, ja lediglich als Form der Verfolgung ihrer Zwecke; verzichten sie nun auf diese eigenthümliche

Anmerkung: „Bezüglich der offenen Handelsgesellschaft ist angenommen worden, dass ein Zwangsvergleich und Einstellung nach § 188 R.C.O. nicht als Auflösungsgrund gelten. Gareis-Fuchsberger, das Allg. D.H.G.B. S. 254 Note 154 f. auch Entsch. d. R.G. Bd. 28 S. 131 ff. Für die Auffassung des Textes Staub, Comm. zu Art. 123 (§ 4) H.G.B., und bezüglich der Gesellschaft m. b. H. Parisius-Crüger, Comm. zu § 60 des Gesetz v. 20. April 1892. Uebrigens scheint auch die II. Commission des B.G.B. auf dem hier vertretenen Standpunkt gestanden zu haben (cf. Prot. II S. 8349). Soll der Verein wieder ins Leben gerufen werden, so muss Reconstruction durch einen erneuten Rechtsakt — Eintragung oder Verleihung — eintreten."

[1]) *Collegia si quae fuerint illicita mandatis, et constitutionibus et senatus consultis dissolvuntur. Sed permittitur eis, cum dissolvuntur, pecunias communes, si quas habuit, dividere pecuniamque inter se dividere.*

juristisch-technische Form, so muss ihnen selbstverständlich die normale Form der Zweckverfolgung, also das Eigenthum (ideelles Miteigenthum *pro rata* nach den statutenmässigen Rechten der Mitglieder) verbleiben. Das Vermögen, das nur aus Gründen juristischer Technik einem künstlichen Rechtssubject überwiesen war, muss nach natürlichen Gründen wieder den einzelnen Personen, die sich zu diesem gedachten Rechtssubject vereinten, zufallen, sobald jene künstliche Form zerstört wird. Diese Behauptung wird nicht nur durch die Natur der Sache, sondern auch durch die eben citirte *l. 3 D. de collegiis illicitis* gestützt. Es wäre denn doch die grösste Absurdität, das, was hier sogar den verbotenen Vereinen zugesprochen wird, den erlaubten und in ihrer juristischen Persönlichkeit anerkannten, abzusprechen. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat im Wesentlichen die im Vorstehenden vertretenen Grundsätze sanktionirt. Zunächst entscheidet über das Schicksal des Vermögens eines Vereins im Fall seiner Auflösung oder der Entziehung der Rechtsfähigkeit die Satzung (§ 45, 1), durch die Satzung kann vorgeschrieben werden, dass die Anfallberechtigten durch Beschluss der Mitgliederversammlung oder eines anderen Vereinsorgans bestimmt werden. Ist der Zweck des Vereins nicht auf einen wirthschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet, so kann die Mitgliederversammlung auch ohne eine solche Vorschrift das Vermögen einer öffentlichen Stiftung oder Anstalt zuweisen (§ 45, 2). Es war nöthig, diese Befugniss ausdrücklich zu ertheilen; denn an und für sich ist eine Corporation nicht, wie die physische Person, fähig, über ihr Vermögen letztwillig zu verfügen; die Verfassung regelt nur die inneren Verhältnisse der bestehenden Corporation, sie tritt mit deren Erlöschen ausser Kraft und kann deshalb nicht mit rechtlicher Wirkung Verfügungen treffen, durch welche Rechte Dritter in Ansehung der nach dem Erlöschen der Corporation verbleibenden Vermögens begründet werden sollen. Der eingenommene Standpunkt entspricht aber dem praktischen Bedürfnisse (Motive I S. 111). Die Commission der II. Lesung meinte mit Recht, wenn es der Mitgliederversammlung freistehe, sogar eine Aenderung des Vereins-

zweckes zu beschliessen und hierdurch das Vereinsvermögen den im Gründungsstatut bestimmten Zwecken zu entziehen, so liege kein Grund vor, ihr zu verwehren, für den Fall der Auflösung des Vereins über das Schicksal des Vermögens, sei es in Abänderung, sei es in Ergänzung des Gründungsstatuts, Beschluss zu fassen. „Dieser, dem Wesen der in Rede stehenden Vereine entsprechende Grundsatz kommt mit hinlänglicher Deutlichkeit zum Ausdruck, wenn das Gesetz besagt, dass das Vermögen an diejenigen fällt, welche in der Satzung (oder durch die Satzung) als anfallberechtigt bestimmt sind. Denn unter dem Ausdrucke „Satzung" ist nicht bloss der Inhalt des ursprünglichen, bei der Constituirung des Vereins errichteten Gründungsvertrages, sondern der Gesammtinhalt aller jeweils in Geltung stehenden autonomischen Bestimmungen zu verstehen, wie sie sich aus dem ursprünglichen Gründungsvertrag und aus den, denselben in rechtsgültiger Weise ändernden und ergänzenden Beschlüssen der Mitgliederversammlung ergibt. Eine dies verdeutlichende Vorschrift ist überflüssig. Enthält das Statut keine Bestimmung, welche die Person des Anfallberechtigten unmittelbar bezeichnet, sieht es aber vor, dass derjenige anfallberechtigt sein soll, welchen ein Beschluss des Vereinsorgans, z. B. des Vorstandes, als den Anfallberechtigten benennt, so ist die Rechtswirksamkeit einer derartigen Benennung nicht zu beanstanden. Die auf Grund eines solchen Vorbehaltes getroffene Verfügung enthält regelmässig keine Aenderung, sondern eine Ausführung des Statuts. Sie unterliegt mithin zunächst den Formen, welche der Vorbehalt vorschreibt; in Ermangelung einer besonderen Formvorschrift sind die allgemeinen Grundsätze des § 33 massgebend (d. h. sofern in der Verfügung eine Aenderung des Zweckes liegt, Zustimmung aller Mitglieder, bei concessionirten Vereinen ausserdem staatliche Genehmigung)" (Commissionsprotokoll). Fehlt es an einer solchen rechtzeitigen statutarischen Bestimmung über das Vermögen des Vereins, so unterscheidet auch das Bürgerliche Gesetzbuch: Vereine, die nach ihrer Satzung ausschliesslich den Interessen ihrer Mitglieder dienen (selbstnützige) und solche, die eine gemeinnützige und insofern öffentliche Zweck-

bestimmung haben (ohne darum den Charakter einer öffentlichen Corporation zu haben).[1] Bei Vereinen der ersteren Art, den selbstnützigen, fällt das Vermögen mangels anderweitiger statutarischer Verfügung an die zur Zeit der Auflösung oder der Entziehung der Rechtsfähigkeit vorhandenen Mitglieder zu gleichen Theilen. Es entspricht dies dem muthmasslichen Willen der Vereinsmitglieder. Dagegen ist ein solcher muthmasslicher Wille bei den Mitgliedern von gemeinnützigen Vereinen bzw. überhaupt von Vereinen, die nicht ausschliesslich den Interessen der Mitglieder dienen, keineswegs vorauszusetzen. Vielmehr entspricht es hier sowohl dem natürlichen Gefühle wie dem muthmasslichen Willen aller Betheiligten, das Vereinsvermögen nach Auflösung des Vereins ähnlichen Zwecken zu erhalten. Man hätte nun zu diesem Behufe bestimmen können, dass das Vermögen eines solchen Vereins nach seinem Erlöschen den Charakter eines Stiftungsvermögens annehmen solle; diese Regelung aber würde, von anderen Bedenken abgesehen, das Missliche im Gefolge haben, dass eine Stiftung entstehen würde, welcher es an jeder Organisation gebricht und welche ihres oft sehr geringfügigen Vermögens wegen den Anforderungen nicht entsprechen würde, die man an eine selbständige Stiftung stellt. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat daher nur den Vereinen mit sogenannten idealen Tendenzen für den Fall, dass eine statutarische anderweitige Regelung des Vermögensschicksals nach dem Erlöschen nicht vorliegt, die Befugniss zuerkennt, durch einfachen Mehrheitsbeschluss der Mitgliederversammlung das Vermögen einer öffentlichen Stiftung oder Anstalt zuzuweisen (§ 45 Abs. 2), im übrigen aber allgemein bestimmt, dass das Vermögen derjenigen Vereine, die nicht ausschliesslich den Interessen ihrer Mitglieder zu dienen bezwecken, beim Mangel anderer statutarischer Bestimmungen, an den Fiscus des Bundesstaates fallen soll, in welchem der Verein seinen Sitz hatte, und dem Fiscus gleichzeitig die Verpflichtung auferlegt, das Vermögen thunlichst in einer den Zwecken des Vereines entsprechenden

[1]) Vgl. oben S. 198.

Weise zu verwenden (§ 45 Abs. 3, § 46 S. 2). Natürlich handelt es sich im letzteren Falle, obwohl um eine Art von gesetzlichem „*modus*“, nicht um eine privatrechtlich erzwingbare Rechtspflicht, sondern um eine öffentlichrechtliche Verpflichtung des Fiscus, deren praktische Wirksamkeit jedoch nicht zu bezweifeln ist, zumal die Nichterfüllung parlamentarisch namentlich bei der Etatsberathung gerügt werden kann.

V. Fällt das Vereinsvermögen an den Fiscus, so finden die Vorschriften über eine dem Fiscus als gesetzlichem Erben anfallende Erbschaft entsprechende Anwendung (§ 46 S. 1). Es tritt demnach in diesem Falle Gesammtrechtsnachfolge ein, der Fiscus kann das zugefallene Vermögen nicht ausschlagen (§ 1942, 2), hat aber dafür die Stellung eines Erben, der das Inventarrecht ohne seinen Willen nicht verlieren kann (§ 2011).[1])

Für alle anderen Fälle, mag nun eine juristische oder natürliche Person oder die Gesammtheit der Mitglieder anfallberechtigt sein, ordnet das Bürgerliche Gesetzbuch, um eine genügende Sicherheit der Gläubiger und zugleich eine Gewähr für die angemessene Ueberleitung des Vermögens auf die bezugsberechtigten Personen zu gewährleisten, ein be-

[1]) Er haftet den Gläubigern nur bis zum Bestande des Nachlasses. Er kann die Anordnung einer Nachlasspflegschaft zum Zwecke der Befriedigung der Vereinsgläubiger oder Eröffnung des Nachlassconcurses beantragen (§ 1975). Ist die Anordnung der Nachlassverwaltung oder die Eröffnung des Nachlassconcurses wegen Mangels einer den Kosten entsprechenden Masse nicht thunlich oder wird aus diesem Grunde die Nachlassverwaltung aufgehoben oder das Concursverfahren eingestellt, so kann er die Befriedigung eines Nachlassgläubigers insoweit verweigern, als der Nachlass nicht ausreicht. Er ist in diesem Falle aber verpflichtet, den Nachlass zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers im Wege der Zwangsvollstreckung herauszugeben (§ 1990). Wird er als Rechtsnachfolger des Vereins verurtheilt, so haftet er auch ohne Vorbehalt im Urtheil nur mit dem Bestande des Nachlasses (§ 695 Entw. zur C.P.O. Denkschrift Art. II).

Er kann auf Grund des Vermögensanfalls gegen Dritte Rechte erst geltend machen, nachdem festgestellt worden ist, dass ein anderer Anfallberechtigter nicht vorhanden ist, und umgekehrt können auch Dritte gegen ihn nur unter den gleichen Voraussetzungen einen Anspruch erheben (§ 1966).

sonderes mit den erforderlichen Garantieen umgebenes Liquidationsverfahren an, wie solches bereits bei den Handelsgesellschaften, bei Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften geläufig ist (§§ 47—53).

Zweck des Liquidationsverfahren ist a) die Beendigung der laufenden Geschäfte, b) die Einziehung der Forderungen [1]), c) die Versilberung des sonstigen Vermögens (Umsetzung in Geld) [1]), d) die Befriedigung der Gläubiger, e) die Ausantwortung des Ueberschusses an den oder die Anfallberechtigten.

Es liegt auf der Hand, dass so lange dieses Verfahren noch nicht seinen Abschluss gefunden hat, von einem völligen Untergang der Vereins-Persönlichkeit genau genommen nur die Rede sein kann, sofern man diese mit dem eigentlichen Vereinszweck identificirt. Der Vereinszweck als solcher ist allerdings mit der Entziehung oder dem Verlust der Rechtsfähigkeit erloschen, allein an seine Stelle ist jetzt der Liquidationszweck getreten und dieser bedarf zu seiner praktischen Erledigung desselben Organismus oder Mechanismus, wie der eigentliche Vereinszweck; der Liquidationszweck ist bis zu seiner völligen Erledigung als Rechtsträger aller nach dem Erlöschen der Vereinspersönlichkeit nach vorhandenen Rechte und Verbindlichkeiten zu denken. Er ist also eine an Stelle der Vereinspersönlichkeit tretende juristische Person besonderer Art: „der Verein gilt,“ wie das Bürgerliche Gesetzbuch § 49, Abs. 2 ausdrücklich sagt, „bis zur Beendigung der Liquidation als fortbestehend, soweit der Zweck der Liquidation es erfordert.“ Es hat damit einerseits die Ansicht abgelehnt werden sollen, als ob das vor dem Erlöschen der Körperschaft personificirte Vermögen nach Eintritt des Erlöschens und des damit verbundenen Wegfalls des vorgestellten Trägers subjectlos unter Vertretung durch Liquidatoren fortbestehe; andrerseits aber auch die Auffassung, als ob sofort mit dem Erlöschen der Vereinspersönlichkeit die Anfallberechtigten mittels Universal- oder Singlursuccession in

[1]) Die Einziehung der Forderungen, sowie die Umsetzung des übrigen Vermögens in Geld darf unterbleiben, soweit diese Massregeln nicht zur Befriedigung der Gläubiger oder zur Vertheilung des Ueberschusses unter die Anfallberechtigten erforderlich sind. (§ 49 Abs. 1 S. 3.)

die Vermögensrechte des Vereins eintreten und, sofern es mehrere sind, nur bis zur endgültigen Uebertretung des Vermögens in einer der *communio* unter Miterben analogen rein internen Rechtsgemeinschaft ständen. Während die erstere Auffassung logisch unmöglich ist (vgl. S. 73 oben), würde die letztere als unpraktisch erscheinen müssen, da der Liquidationszweck vor allem die Beendigung der laufenden Geschäfte und die Befriedigung der Gläubiger zum Gegenstande hat und es einfacher ist, diese an das zu dem Zwecke als fortdauernd gedachte bisherige Rechtssubject zu knüpfen, als unter Vermittelung der erbrechtlichen Analogieen die Liquidation auf besondere Treuhänderfunction (*trustees*) nach Analogie der Testamentsvollstrecker zu übertragen. Man kann daher mit Gierke in diesen Fällen von einem „körperschaftlichen Nachleben" des Vereins sprechen; der Verein geht nicht sofort völlig unter, wie beim Uebergang seines Vermögens an den Fiscus, sondern verwandelt sich zunächst in einen Liquidationsverein, dessen einziger Zweck es ist, die völlige Zersetzung der Vereinspersönlichkeit herbeizuführen. Man kann gleichnissweise sagen, dass dem endgültigen Tode ein Involutionsprocess vorausgeht. Neue Geschäfte kann der Liquidationsverein nur zur Beendigung schwebender Geschäfte eingehen.

Aeusserlich stellt sich diese Fortdauer des Vereins in blosser Umwandlung seines Zweckes zunächst dadurch da, dass der Vorstand nicht ohne Weiteres verschwindet, sondern als Liquidationsvorstand in Function bleibt: Die Liquidation erfolgt durch den Vorstand (§ 48 S. 1). Doch können zu Liquidatoren auch andere Personen bestellt werden; für die Bestellung sind die für die Bestellung des Vorstandes geltenden Vorschriften maassgebend, d. h. es bleibt zu diesem Behufe auch die Mitgliederversammlung mit ihrer oben S. 206 f. gekennzeichneten Vereinssouveränetät in Action, während für den Fall, dass diese nicht ihrer Pflicht rechtzeitig nachkommt, in dringenden Fällen auf Antrag eines Betheiligten auch das Amtsgericht, in dessen Bezirke der Liquidationsverein seinen Sitz hat, zur Bestellung von Liquidatoren schreiten kann.

Die Liquidatoren haben die rechtliche Stellung des Vor-

standes, soweit sich nicht aus dem Zwecke der Liquidation ein anderes ergiebt; es gelten also für sie alle oben § 4 (S. 202 f.) dargestellten Rechte und Pflichten gesetzlicher Vertretung.

Abweichend ist nur, dass, sofern nicht ausdrücklich schon im Statut oder durch statutarisch gültigen Beschluss der Mitgliederversammlung ein Anderes bestimmt ist, für ihre Beschlüsse Uebereinstimmung aller erforderlich ist (Collectivprincip).

Aus der positiv angeordneten Fortdauer der Vereinspersönlichkeit als eines Liquidationsvereins ergiebt sich auch, dass die Liquidatoren für Pflichtwidrigkeiten ebenso wie vordem der pflichtwidrig handelnde Vorstand dem Verein, nur dem für alle Liquidationsverhältnisse rechtsfähigen Liquidationsverein, nicht aber den einzelnen Mitgliedern oder Anfallsberechtigten verantwortlich sind. Den letzteren ein selbstständiges Klagrecht zu geben, erschien der Commission weder geboten noch zweckmässig. Vgl. Motive I S. 115: „Es wäre ein für die Liquidatoren wie für den Geschäftsgang unerträglicher Zustand, wenn die Liquidatoren wegen ihrer Verwaltungshandlungen von jedem einzelnen Mitgliede je nach dessen Auffassung über das, was der Bürgschaft zum Schaden gereicht, mit Klagen bedroht und belangt werden könnten. Liegt eine wirklich Pflichtverletzung vor, so wird die Körperschaft (d. h. der Liquidationsverein) auf gegebene Anregung hin der Regel nach einschreiten.“

Den Gläubigern dagegen sind sie verantwortlich für jede schuldhafte Verletzung derjenigen Verpflichtungen, die ihnen im Interesse der Gläubigerschaft auferlegt sind, und dies sind folgende:

a) Die Liquidatoren haben die Auflösung des Vereins oder die Entziehung der Rechtsfähigkeit öffentlich bekannt zu machen. In der Bekanntmachung sind die Gläubiger zur Anmeldung ihrer Ansprüche aufzufordern. Die Bekanntmachung erfolgt durch das in der Satzung für Veröffentlichungen bestimmte Blatt, in Ermangelung eines solchen durch dasjenige Blatt, welches für Bekanntmachungen des Amtsgerichts bestimmt ist, in dessen Bezirke der Verein seinen Sitz hat. Die Bekanntmachung gilt mit dem Ablaufe des zweiten Tages

nach der Einrückung oder der ersten Einrückung als bewirkt (§ 50 Abs. 1).

b) Bekannte Gläubiger sind durch besondere Mittheilung zur Anmeldung aufzufordern (§ 50, 2).

c) Das Vermögen darf den Anfallberechtigten nicht vor Ablauf eines Jahres nach der Bekanntmachung der Auflösung des Vereins oder der Entziehung der Rechtsfähigkeit ausgeantwortet werden. — Die zu c) genannte Frist, das sog. Schutzjahr oder Sperrjahr ist übrigens keine Ausschlussfrist, sondern dient nur zum Schutze der Gläubiger; auch wenn sich bei Ablauf des Sperrjahres und vollständiger Beendigung der Liquidation ein bekannter Gläubiger nicht gemeldet hat, so ist der geschuldete Betrag, sofern nur im übrigen die Voraussetzung der öffentlichen Hinterlegung [1]) vorhanden sind, für den Gläubiger zu hinterlegen.

Ist die Berichtigung einer Verbindlichkeit zur Zeit nicht ausführbar oder ist eine Verbindlichkeit streitig, so darf das Vermögen den Anfallberechtigten (auch nach Ablauf des Schutz- oder Sperrjahres) nur ausgeantwortet werden, wenn dem Gläubiger Sicherheit geleistet ist. [2])

[1]) Vgl. § 372 B.G.B.: „Geld, Werthpapiere und sonstige Urkunden sowie Kostbarkeiten kann der Schuldner bei einer dazu bestimmten öffentlichen Stelle für die Gläubiger hinterlegen, wenn der Gläubiger im Verzuge der Annahme ist. Das Gleiche gilt, wenn der Schuldner aus einem anderen in der Person des Gläubigers liegenden Grunde oder in Folge einer nicht auf Fahrlässigkeit beruhenden Ungewissheit über die Person des Gläubigers seine Verbindlichkeit nicht oder nicht mit Sicherheit erfüllen kann.“

[2]) Vgl. §§ 232—240 B.G.B.:

§ 232: Wer Sicherheit zu leisten hat, kann dies bewirken
- durch Hinterlegung von Geld oder Werthpapieren,
- durch Verpfändung von Forderungen, die in das Reichsschuldbuch oder in das Staatsschuldbuch eines Bundesstaats eingetragen sind,
- durch Verpfändung beweglicher Sachen,
- durch Bestellung von Hypotheken an inländischen Grundstücken,
- durch Verpfändung von Forderungen, für die eine Hypothek an einem inländischen Grundstücke besteht, oder durch Verpfändung von Grundschulden oder Rentenschulden an inländischen Grundstücken.

Der Anspruch der Gläubiger gegen Liquidatoren, die ihre vorstehenden obliegenden Verpflichtungen, schuldhaft d. h.

Kann die Sicherheit nicht in dieser Weise geleistet werden, so ist die Stellung eines tauglichen Bürgen zulässig.

§ 233: Mit der Hinterlegung erwirbt der Berechtigte ein Pfandrecht an dem hinterlegten Gelde oder an den hinterlegten Werthpapieren und, wenn das Geld oder die Werthpapiere nach landesgesetzlicher Vorschrift in das Eigenthum des Fiscus oder der als Hinterlegungsstelle bestimmten Anstalt übergehen, ein Pfandrecht an der Forderung auf Rückerstattung.

§ 234: Werthpapiere sind zur Sicherheitsleistung nur geeignet, wenn sie auf den Inhaber lauten, einen Kurswerth haben und einer Gattung angehören, in der Mündelgeld angelegt werden darf. Den Inhaberpapieren stehen Bodenpapiere gleich, die mit Blankoindossament versehen sind.

Mit den Werthpapieren sind die Zins-, Renten-, Gewinnantheil- und Erneuerungsbehörde zu hinterlegen.

Mit den Werthpapieren kann Sicherheit nur in Höhe von drei Viertheilen des Kurswerthes geleistet werden.

§ 235: Wer durch Hinterlegung von Geld oder von Werthpapieren Sicherheit geleistet hat, ist berechtigt, das hinterlegte Geld gegen geeignete Werthpapiere, die hinterlegten Werthpapiere gegen andere geeignete Werthpapiere oder gegen Geld umzutauschen.

§ 236: Mit einer Buchforderung gegen das Reich oder gegen einen Bundesstaat kann Sicherheit nur in Höhe von drei Viertheilen des Kurswerthes der Werthpapiere geleistet werden, deren Aushändigung der Gläubiger gegen Löschung seiner Forderung erlangen kann.

§ 237: Mit einer beweglichen Sache kann Sicherheit nur in Höhe von zwei Dritttheilen des Schätzungswerthes geleistet werden. Sachen, deren Verderb zu besorgen oder deren Aufbewahrung mit besonderen Schwierigkeiten verbunden ist, können zurückgewiesen werden.

§ 238: Eine Hypothekenforderung, eine Grundschuld oder eine Rentenschuld ist zur Sicherheitsleistung nur geeignet, wenn sie den Voraussetzungen entspricht, unter denen am Orte der Sicherheitsleistung Mündelgeld in Hypothekenforderungen, Grundschulden oder Rentenschulden angelegt werden darf.

Eine Forderung, für die eine Sicherheitshypothek besteht, ist zur Sicherheitsleistung nicht geeignet.

§ 239: Ein Bürge ist tauglich, wenn er ein der Höhe der zu leistenden Sicherheit angemessenes Vermögen besitzt und seinen allgemeinen Gerichtsstand im Inlande hat.

Die Bürgschaftserklärung muss den Verzicht auf die Vorausklage enthalten.

§ 240: Wird die geleistete Sicherheit ohne Verschulden des Berechtigten unzureichend, so ist sie zu ergänzen oder anderweitig Sicherheit zu leisten.

vorsätzlich oder fahrlässig, verletzt haben, ist ein delictischer, er geht auf Schadensersatz (das Interesse); mehrere Liquidatoren haften als Gesammtschuldner.

Liquidatoren eines eingetragenen Vereins sind im Vereinsregister einzutragen (§ 76, S. 1). Dies gilt auch dann, wenn gemäss der gesetzlichen Bestimmung (§ 48 S. 1) die Liquidation durch den schon eingetragenen Vorstand erfolgt. Der Vorstand ist jetzt eben nicht mehr „Vorstand" im eigentlichen Sinne, sondern die Vorstandsmitglieder sind Liquidatoren geworden; ebenso sind beim eingetragenen Verein Bestimmungen, welche die Beschlussfassung der Liquidatoren abweichend von der Vorschrift des § 48 Abs. 3 (Collectivvertretung) regeln, ins Vereinsregister einzutragen. Die Anmeldung haben die Liquidatoren selbst in der oben S. 215 dargestellten Form zu besorgen, die Eintragung gerichtlich bestellter Liquidatoren (S. 234 oben) geschieht von Amtswegen.

Die Bedeutung der Eintragung ist die oben S. 219 dargelegte.

Analog der Construction des Liquidationsvereins ist das „Nachleben der Körperschaft" im Concurse zu denken; auch hier ist der Verlust der Rechtsfähigkeit, wie er nach positiver Bestimmung der § 42, Abs. 1 eintritt, nur auf den Vereinszweck zu beziehen; soweit der Concurszweck es erfordert, ist auch der in Concurs gerathene Verein als fortbestehend zu denken, es widerspräche entschieden dem praktischen Bedürfnisse, ihn durch die Concurseröffnung für vollständig erloschen anzusehen, da es alsdann an einem Subjecte fehlen würden, das die Pflichten des Gemeinschuldners zu erfüllen hat. Gewisse Realisirungsansprüche setzen voraus, dass der Gemeinschuldner wegen ihrer Vornahme gehört ist bzw. sie genehmigt hat. Da das zum Concurs gezogene Vermögen das seinige ist, so ist ihm der Concursverwalter über die Verwendung Rechenschaft zu geben schuldig. Nach Erfüllung des Concurszweckes übrig bleibendes Vermögen ist ihm zurückzugeben. Er kann behufs Aufhebung des Concurses einen Accord abschliessen. Alle diese Handlungen wären unmöglich gemacht oder doch bis nahe an die Grenze der Unmöglichkeit erschwert, wenn bei einem Vereine schon durch die

Concurseröffnung die einheitliche Organisation gänzlich beseitigt würde und das bisherige Ganze in eine Vielheit nur in thatsächlicher Gemeinschaft stehender Individuen auseinanderfiele. Allein wenn darnach auch, seien es die bisherigen Organe (der bisherige Vorstand, die Mitgliederversammlung) oder solche, welche letztere erst für diese neuen Aufgaben des Vereins im Concurse geschaffen haben, den Verein vertreten, so handelt es sich doch nur um ganz bestimmte einzelne Handlungen innerhalb des Concursverfahrens, durch welche im Concursverfahren Pflichten gegen Concursgläubiger oder Rechte des Gemeinschuldners gegen den Concursverwalter bzw. behufs Wiederaufhebung des Concurses Verpflichtungen, die nur für den Fall dieser Wiederaufhebung wirksam werden, übernommen werden. Dagegen steht den bisherigen oder den durch den Gesammtwillen geschaffenen Organen des Vereins in Folge des Verlustes der Rechtsfähigkeit nicht mehr neben dem Concursverwalter eine generelle Befugniss zu, nach aussen handelnd aufzutreten.[1])

Wird das Concursverfahren eingestellt oder aufgehoben, so hat, wenn noch Vermögen vorhanden ist, der Verein in Liquidation zu treten.

§ 7.

Nicht rechtsfähige Vereine.

Auch durch ein System, wie es das Bürgerliche Gesetzbuch angenommen hat, dem gemäss ein Verein die juristische Persönlichkeit (Rechtsfähigkeit) nur durch Concession oder Eintragung erwerben kann, ist die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, dass thatsächlich Vereine ins Leben treten, denen nur die positiv gesetzliche Anerkennung ihrer Rechtsfähigkeit, die Concession oder Eintragung mangelt, sei es nun, dass sie überhaupt nicht nachgesucht oder verweigert worden ist, die aber im übrigen eine durchaus corporative Verfassung besitzen und somit thatsächlich cor-

[1]) So ungefähr mit Beziehung auf den Concurs einer Aktiengesellschaft das Reichsgerichts, R.G. XIV S. 417ff. (Derselbe spricht von einer Absorption der jurist. Person durch den Concurszweck.)

porative Macht, insbesondere das Merkmal der Unabhängigkeit ihrer Dauer vom Wechsel ihrer Mitglieder an sich tragen.

Wollte man diese Vereine privatrechtlich ebenso behandeln, wie die concessionirten oder eingetragenen Vereine, so würde das gleichbedeutend mit der Anerkennung der Corporationsfreiheit; die Nachsuchung einer Concession oder Eintragung wäre dann eine ganz überflüssige Formalität. Es ergiebt sich daraus für das vom Bürgerlichen Gesetzbuch angenommene System die Nothwendigkeit, solche Vereine in eine besondere, ihren Bedürfnissen ungünstige Rechtsform zu zwängen; denn da ihr thatsächlicher Eintritt in den Rechtsverkehr nicht verhindert werden kann, ist es unmöglich, sie als Rechtsgebilde einfach zu ignoriren. Die Rechtsform nun, nach der solche Vereine beurtheilt werden sollen, obwohl sie zum thatsächlichen Corporationswillen nicht passt und demselben gewissermaassen eine Zwangsjacke anlegt, ist diejenige der Gesellschaft (§ 54). Möglich ist jedoch die Anwendung auch dieser Rechtsform nur, weil die „Gesellschaft“ des Bürgerlichen Gesetzbuchs sich von der römischrechtlichen Societät, die ein rein obligatorisches Rechtsverhältniss ist und so gut wie gar keine Möglichkeit einheitlicher Zusammenfassung im Verhältniss zu dritten bietet, nicht unwesentlich unterscheidet und sich der sog. erlaubten Privatgesellschaft des Preussischen Allgemeinen Landrechts annähert. Nach den Grundsätzen des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Gesellschaft wird zwar die Gesellschaft durch den Tod eines der Gesellschafter, ebenso durch die Eröffnung des Concurses über das Vermögen eines Gesellschafters aufgelöst (§ 727, 728), doch kann im Gesellschaftsvertrage bestimmt werden, dass trotz Ausscheidens einzelner Mitglieder die Gesellschaft unter den übrigen fortgesetzt werden soll; eine solche Vereinbarung kann auch stillschweigend erfolgen (Protokoll). Sie wird in der Regel bei nicht rechtsfähigen Vereinen mit corporativer Verfassung auf Grund des Statutes (Gesellschaftsvertrages) anzunehmen sein.

Der „Vorstand“ eines solchen Vereins hat die Stellung eines geschäftsführenden Gesellschafters (§ 710). Die übrigen

Gesellschafter sind, wenn ein Vorstand bestellt ist, von der Geschäftsführung ausgeschlossen. Es bedarf aber ausdrücklicher Bestimmung des als Gesellschaftsvertrag zu behandelnden Statuts, wenn innerhalb eines aus mehreren Personen bestehenden Vorstandes die Mehrheit der Stimmen entscheiden soll (§ 710, 709); in Ermangelung solcher Bestimmung ist zu einem Vorstandsbeschluss solcher Vereine Einhelligkeit der Vorstandsmitglieder erforderlich.

Die Rechte und Verpflichtungen des Vorstandes (der geschäftsführenden Gesellschafter) bestimmen sich nach den für den Auftrag geltenden Vorschriften der §§ 664—670,[1]) soweit sich nicht aus dem Gesellschaftsverhältniss (dem Vereinsstatut) ein Anderes ergiebt.

Es tritt aber im Interesse derjenigen, die sich mit den Vertretern eines nicht rechtsfähigen Vereins in einen rechtsgeschäftlichen Verkehr einlassen, zu diesen Grundsätzen des Gesellschaftsrechts die positive Bestimmung hinzu, dass die im Namen des Vereins Handelnden persönlich und zwar, wenn es Mehrere sind, als Gesammtschuldner haften (§ 54 S. 2).

Diese persönliche Haftung tritt auch dann ein, wenn der andere Theil wusste oder wissen musste, dass er es mit dem Vertreter eines nicht rechtsfähigen Vereines zu thun hatte. Es geht nicht an, darin, dass der andere Theil sich mit dem im Namen des Vereins Handelnden als dem Vertreter eines nicht rechtsfähigen Vereins eingelassen hat, die Vereinbarung zu finden, dass die Haftung des für den Verein Handelnden sich auf das Vereinsvermögen beschränken soll. Der Bestand eines Vereinsvermögens ist für Dritte nicht erkennbar, da ferner weder ein Liquidations- noch ein Concursverfahren für das Vermögen eines nicht rechtsfähigen Vereins zulässig ist, so würde es an jeder Gewähr dafür fehlen, dass dieses Vermögen nicht ohne Rücksicht auf die Gläubiger vertheilt wird. — Die persönliche Haftung trifft übrigens nicht nur den sog. Vorstand,

[1]) Also im Verhältniss zu dem Vereine (nach Innen) besteht kein wesentlicher Unterschied von den rechtsfähigen Vereinen. Vgl. S. 209 oben (§ 27 B.G.B.).

sondern jede Person, die als Vertreter des Vereins mit Dritten contrahirt hat.

Zu dieser persönlichen Haftung der Vertreter tritt eine subsidiäre persönliche Haftung der einzelnen Vereinsmitglieder. Diese haben als Gesellschafter (§ 735), wenn das Vereins-(Gesellschafts-)vermögen zur Berichtigung der gemeinschaftlichen Schulden nicht ausreicht, für den Fehlbetrag nach dem Verhältniss aufzukommen, nach welchem sie (statutenmässig) den Verlust zu tragen haben; kann von einem Gesellschafter der auf ihn entfallende Betrag nicht erlangt werden, so haben die übrigen Gesellschafter den Ausfall nach dem gleichen Verhältnisse zu tragen.

Das „Vereinsvermögen", d. h. die Beiträge der Gesellschafter und die durch die Geschäftsführung für den Verein erworbenen Gegenstände, so wie alles, was auf Grund eines zu dem „Vereinsvermögen" gehörenden Rechtes oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines zu dem „Vereinsvermögen" gehörenden Gegenstandes erworben wird, ist Gesellschaftsvermögen, d. h. gemeinschaftliches der Gesellschafter (ideell getheiltes Miteigenthum). Sofern ein Gesellschafter der Gesellschaft gewisse Gegenstände nur zur Benutzung überlassen hat, bleibt er natürlich Alleineigenthümer, kann aber für einen solchen Gegenstand, wenn er durch Zufall in Abgang kommt oder verschlechtert wird, nicht Ersatz verlangen (§ 732.)

Das „Vereinsmitglied" (der Gesellschafter) kann aber über seinen ideellen Antheil an dem Gesellschaftsvermögen und an den einzelnen dazu gehörigen Gegenständen nicht verfügen; es ist auch nicht berechtigt, Theilung zu verlangen (§ 719.)

Auch insofern stellt sich das Gesellschaftsvermögen als ein besonderes Zweckvermögen dar, als ein Schuldner der Gesellschaft nicht eine ihm gegen einen einzelnen Gesellschafter zustehende Forderung gegen die Gesellschaft aufrechnen darf (§ 719, 2).

Nach Auflösung des „Vereins", d. h. der Gesellschaft tritt an Stelle des für die rechtsfähigen Vereine geltenden Liquidationsverfahren ein Auseinandersetzungsverfahren, das sich aber ebenfalls wesentlich von der gemeinrechtlichen

actio pro socio bzw. *communi dividundo* durch Annäherung an das Liquidationsverfahren unterscheidet: Die Gesellschaft gilt nämlich als fortbestehend für die Beendigung der schwebenden Geschäfte, für die dazu erforderliche Eingehung neuer Geschäfte sowie für die Erhaltung und Verwaltung des Gesellschaftsvermögens, soweit der Zweck der Auseinandersetzung es erfordert. Dagegen erlischt mit der Auflösung der Gesellschaft die einem Gesellschafter zustehende Befugniss zur Geschäftsführung und steht von der Auflösung an allen Gesellschaften die Geschäftsführung gemeinschaftlich zu, wenn nicht schon im Statut (Gesellschaftsvertrag) ein Anderes vorgesehen ist (§ 730) oder jetzt noch vereinbart wird, wozu dann freilich Einhelligkeit erforderlich ist.

Die Ansprüche des „Vereinsmitgliedes“ (Gesellschafters) und seiner Zugehörigkeit zum „Verein“ (Gesellschaft) sind wie die Mitgliederrechte beim rechtsfähigen Verein nicht übertragbar. Nach § 754a der in Aussicht genommenen Civilprocessnovelle soll aber der Antheil eines Gesellschafters an dem Gesellschaftsvermögen der Zwangsvollstreckung unterliegen. Dagegen soll der Antheil an den einzelnen zu dem Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenständen der Zwangsvollstreckung nicht unterworfen sein. — Hat ein Gläubiger die Pfändung des Antheils des Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen erwirkt, so kann er die Gesellschaft ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen, sofern der Schuldtitel nicht blos vorläufig vollstreckbar ist; solange jedoch die Gesellschaft besteht, kann der Gläubiger die sich aus dem Gesellschaftsverhältniss ergebenden Rechte des Gesellschafters mit Ausnahme des Anspruchs auf Gewinnantheil nicht geltend machen.

Ein wichtiger Unterschied des nicht rechtsfähigen Vereins von einer gewöhnlichen Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches wird jedoch durch die in Aussicht genommene Novelle zur Civilprocessordnung in sofern constituirt, als dieselbe auch (§ 49a) den nicht rechtsfähigen Vereinen die passive Parteifähigkeit verleiht; sie sollen als solche verklagt werden können, wie wenn sie rechtsfähig wären, und nach § 670a dieser Novelle

soll ein gegen den Verein erlassenes Urtheil zur Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Vereins genügen.

Berücksichtigt man, dass ausserdem nach § 714 B.G.B. der geschäftsführende Gesellschafter, also der Vorstand eines nicht rechtsfähigen Vereins, im Zweifel auch ermächtigt ist, die anderen Gesellschafter Dritten gegenüber zu vertreten, also auch in Processen, so ist, ungeachtet die active Parteifähigkeit dem „Verein" (der Gesellschaft) als solchem fehlt, doch praktisch die volle Möglichkeit der Processführung des nicht rechtsfähigen Vereins ausser Zweifel. Der nicht rechtsfähige Verein kann daher unter der ihm gewährten Rechtsform eine, wenn auch immerhin mit gewissen Gefahren und Schwierigkeiten verbundene, so doch leidliche Verkehrsfähigkeit behaupten; er ist bei geschickter Statutenabfassung und Geschäftsführung thatsächlich in der Lage, seine Vermögenszwecke ebenso zu erreichen, wie die juristische Persönlichkeit des concessionirten oder eingetragenen Vereins. Nur kann er nicht als solcher Eigenthum an Grundstücken erwerben; dieses Bedürfniss kann er nur durch die fiduciarische Vermittlung eines physischen Rechtsträgers (*trustee*), Treuhänders (vgl. S. 175 oben) befriedigen.

D. *Universitas bonorum:* Stiftungen.[1])

§ 8.

I. Allgemeines, Unterschied der unselbständigen und selbständigen Stiftungen (Anstalten).

Der Corporation oder *universitas personarum* steht als zweite Hauptgattung der juristischen Personen die *universitas*

[1]) Literatur: Pernice, Labeo III 1 S. 56—63, S. 150—172; Roth, Jahrbücher f. Dogmatik I S. 189—219; Demelius, ebenda IV S. 134 ff.; Schlossmann, Jahrbücher f. Dogmatik XXVII S. 1—69; Kohler, Archiv f. bürgerl. Recht III, Abhdlg. 4 (1891); Gierke, Genossenschaftsrecht II § 37 und Genossenschaftstheorie.

Mühlenbruch, Rechtliche Beurtheilung des Städelschen Erbfalls (1828); Wenck, Beitrag zur rechtl. Beurtheilung des Städelschen Beerbungsfalls (Leipzig 1828).

v. Ihering, Geist des röm. Rechts, IV § 61 S. 345 ff.

bonorum gegenüber, die erst v. Savigny als besonderes von der Corporation zu trennendes Rechtsinstitut erkannt hat. Sie ist als solche auch erst in moderner Zeit zu vollständiger, selbstständiger Entwicklung gelangt. Ihr Zweck ist die Bestimmung eines Vermögens zu einem dauernden Zweck für bestimmte oder unbestimmte Personen (Destinatäre). Die Römer haben anfänglich diesen Zweck durchweg so verwirklicht, dass sie das Vermögen, sei es letztwillig, sei es durch Schenkung unter Lebenden, einer Corporation zuwandten mit der Auflage, den Willen des Erblassers oder Schenkgebers durchzuführen. Sie kannten also nur die heute sogenannte unselbständige oder fiduciarische Stiftung, die sich von einem gewöhnlichen Vermächtniss bzw. einer *donatis sub modo* nur durch die Eigenschaft des Empfängers als juristischer Person, durch deren „ewigen“ Bestand die dauernde Erfüllung garantirt wurde, auszeichnet. Eine gewisse Selbständigkeit erhielten bereits die zuerst von Nerva begründeten berühmten kaiserlichen Alimentenstiftungen zur Unterstützung armer Kinder in Italien auf Staatskosten (*pecunia sacra*), bei denen jedoch auch nicht die Stiftung bzw. das Stiftungsvermögen, sondern der Kaiser als Rechtssubject galt, eine Einrichtung, die ausschliesslich unter den Satzungen des öffentlichen Rechtes stand. In der christlichen Zeit mehrten sich derartige Institute (Armenhäuser, Waisenanstalten, *orphanotrophia*, Krankenhäuser, *nosodomia*). Doch lehnten diese christlichen Stiftungen sich zunächst ebenfalls an die Kirche als Rechtssubject an; gelegentlich kommt für letztere der Ausdruck *pia causa, pia dispositio* vor (*l.* 46 *pr. C. de episcopis I.* 3, *l.* 19 *C. de eccl. I.* 2). Allmählich aber wird das Rechtssubject nur Verwaltungssubject, und damit wird die erst in heutiger Zeit abgeschlossene Entwicklung der Personification des Stiftungsvermögens als eines Zweckvermögens angebahnt. Die moderne Zeit hat dann die Sphäre der Stiftungszwecke erheblich erweitert und gestattet alle möglichen gemeinnützigen, insbesondere auch wissenschaftliche und künstlerische Zwecke in Form der Stiftung zu verfolgen. Doch haben auch wir noch die unselbständige oder fiduciarische Stiftung von der selbständigen zu unterscheiden.

Das wesentliche Criterium der selbständigen Stiftung oder Anstalt, die uns hier zunächst allein interessirt, während die unselbständige ihren Sitz im Erbrecht bzw. in der Lehre von der Schenkung *sub modo* hat, ist ihre selbständige juristische Existenz: es ist die Bestimmung von Vermögen für einen dauernden Zweck mit der Wirkung, dass dieses Vermögen, die *universitas bonorum*, weder einer physischen noch einer bereits bestehenden juristischen Person gehört, sondern dass die Stiftung ein selbständiges Rechtssubject darstellt.

Wesentliches Begriffsmoment ist also: 1. Vermögen: Das Vermögen muss zwar nicht kraft ausdrücklicher juristischer Norm, wohl aber aus praktischen Gründen ein beträchtliches sein; will Jemand kleinere Summen zu einem gemeinnützigen Zweck verwenden, z. B. zur Stiftung einer Ruhebank, einer Unterkunftshütte, so bleibt die fiduciarische Zuwendung der einzig richtige Weg.

2. Ein dauernder Zweck.

Es können zwar auch beträchtliche Vermögensmassen für einen vorübergehenden Zweck, z. B. für Abgebrannte, Nothleidende, für ein Denkmal gewidmet werden, besonders auf Grund von Sammlungen; bei solchen Widmungen geht aber das gesammte Kapital zunächst in das fiduciarische Eigenthum der Sammler über, die es dann an die Destinatäre vermitteln.[1])

Die Stiftung eines dauernden, „ewigen“ Zweckvermögens geht in ihren Wirkungen über die der Privatautonomie sonst gezogenen Grenzen weit hinaus. Hieraus ergiebt sich für das Stiftungsgeschäft die Nothwendigkeit des Erfordernisses staat-

[1]) Zu beachten ist nur, das dieses fiduciarsche Vermögen weder den Gläubigern der Sammler als Befriedigungsobject dient noch beim Concurs eines Sammlers in die Concursmasse fällt, vgl. Regelsberger Pand. I § 87 S. 343. Ders., Streifzüge in das Gebiet des Civilrechts (Göttinger Festgabe f. Ihering 1892 S. 70—78.

Brinz, Bekker, Dernburg nehmen irrig an, dass solche Gaben herrenloses Gut bilden, bis sie in die Hände der Destinatäre gelangen.

licher Genehmigung. „Wenn die Rechtsordnung dem Einzelnen die ausserordentliche Machtvollkommenheit beilegt, eine Vermögensmasse auf unbeschränkte Zeit einem bestimmten Zwecke zu widmen, so geschieht dies, um Zwecke, die dem Gemeinwohle dienen, dadurch zu fördern. Nicht zu Gunsten jedes beliebigen Zweckes kann dem Willen des Einzelnen diese Macht eingeräumt werden. Da jedoch eine gesetzliche Feststellung der zulässigen Stiftungszwecke nicht angängig ist, so muss die Wirksamkeit des einzelnen Stiftungsgeschäfts von der Billigung eines zuständigen Staatsorgans abhängig gemacht werden" (Denkschrift, S. 28).

Die juristische Persönlichkeit der Stiftung unterscheidet sich von derjenigen der Corporation wesentlich dadurch, dass bei ihr die Destinatäre regelmässig gar keinen Einfluss auf die Verwaltung haben. Ferner: „Bei der Corporation ist das Schicksal des Ganzen in die Hände der Personengesammtheit gelegt, den Anstalten und Stiftungen ist das Wirken von einem fremden Willen vorgezeichnet, durch den Stifter oder durch das Gesetz. Die innerhalb des Organismus wirkenden Personen sind nur Verwalter (Seuffert, XXXV. 93) und entbehren der Macht, über das Schicksal des Ganzen zu verfügen (Seuffert, IX. 7). Kurz ausgedrückt: die Körperschaft regiert sich selbst, die Anstalten und Stiftungen werden nach fremdem Willen regiert". (Regelsberger, Pand. I. § 75 S. 296).

Wir werden sehen, dass sich daraus auch erhebliche praktische Unterschiede des Stiftungsrechts von dem der Vereine ergeben. Es rechtfertigt sich, die Stiftung selbst in vieler Hinsicht den geschäftsunfähigen physischen Personen gleich zu behandeln und den Staat gewissermassen als Obervormund der Stiftungen anzuerkennen.

Ferner unterscheidet sich die Stellung der Destinatäre einer Stiftung von derjenigen der Destinatäre einer Corporation dadurch, dass erstere regelmässig rein receptiver (lucrativer) Art ist, während die der Corporationsmitglieder oft sehr oneros ist.

Im übrigen kann auch die Stellung der Stiftungsdestinatäre eine verschiedene sein: Der Genuss der Stiftung kann abhängen von einem blossen Entschluss der Destinatäre oder einem

Beschluss der Stiftungsverwaltung. In letzterem Falle kann ferner a) die Person der Destinatäre und die Voraussetzung ihres Anspruchs auf Genuss der Stiftung so genau bezeichnet sein, dass gar kein Zweifel zulässig ist. Es ergiebt sich daraus die wichtige Consequenz eines klagbaren Rechts des Destinatärs, die Stiftung kann im Falle ungerechter Verweigerung durch eine der *actio legati* analoge Klage im Rechtswege belangt werden (v. Ihering, Geist des röm. Rechts IV. S. 345).

b) Die Auswahl des Destinatärs kann der Stiftungsverwaltung überlassen sein. Wenn aber in solchem Falle die Verwaltung den Zweck der Stiftung nicht beachtete, sei es, dass sie in einzelnen Fällen ungerecht verfuhr, unwürdige Personen würdigen vorzog, sei es gar, dass sie das Vermögen der Stiftung ihrem Zwecke ganz entfremdete, so gab das römische Recht (*l.* 46 § 6 *Cod. de episcop.* 1, 3) Jedem, auch dem *in concreto* nicht interessirten, eine *actio popularis* gegen die Verwaltung.

Heutzutage wird in solchen Fällen nur durch Beschwerde bei den höheren Staatsorganen, denen die Oberaufsicht über alle Stiftungen zusteht, Gegenhülfe geboten.

In neuerer Zeit wird neben den Begriff der Stiftungen vielfach der Begriff der Anstalten gestellt. Man versteht darunter Stiftungen, deren Zweck nicht nur durch die Verwaltung und Verwendung einer irgendwie, sei es in Grundstücken, Hypotheken oder Werthpapieren angelegten Vermögensmasse erfüllt wird, sondern sich auch äusserlich manifestirt durch eine aus den Mitteln des Stiftungsvermögen hergestellten, zumeist auch in der Stiftung gehörigen Baulichkeiten domicilirten besonderen Veranstaltung, (Krankenhaus, Museum, Erziehungsanstalt, Blindenanstalt u. s. w.). Da eine solche Veranstaltung durchaus keinen Unterschied der Rechtsnormen begründet, die Anstalt vielmehr nur eine äusserliche Erscheinungsform, eine besonders hervortretende Anlage des Stiftungsvermögens bildet, ist die Aufstellung dieser Unterart der Stiftung juristisch werthlos.

§ 9.

II. Die Begründung der Stiftung.

I. Die Entstehung einer selbständigen Stiftung ist zwar bedingt, wie schon im § 8 hervorgehoben, durch staatliche Genehmigung, doch setzt letztere einen Stiftungsact voraus, der als solcher privatrechtlich näher bestimmt werden muss. Zweifellos ist das Stiftungsgeschäft ein liberaler Act, (eine gesellschaftliche Liberalität [v. Ihering, Zweck im Recht I. S. 472]) — und steht insofern auf einer Stufe mit Schenkungen oder letztwilligen Verfügungen, es ist entweder ein Rechtsgeschäft unter Lebenden oder eine letztwillige Verfügung.

1. Das Stiftungsgeschäft unter Lebenden ist immer eine einseitige Willenserklärung und nicht etwa als Vertrag z. B. mit den Organen der künftigen Stiftung zu denken.[1]) Mit einem Subject, das noch nicht vorhanden ist, ist ja kein Vertrag denkbar. Ein Begriff, der die Einseitigkeit des Stiftungsgeschäfts unter Lebenden in das richtige Licht rückt, ist die *pollicitatio*, Widmung, Liberalität zu Gunsten eines Zweckes im Gegensatz zu der zu Gunsten einer Person (der Schenkung).[2])

Pandektenrechtlich ist das Stiftungsgeschäft unter Lebenden an eine bestimmte Form nicht gebunden. Doch kann sie, sofern sie unter den Begriff der Schenkung fällt, der gerichtlichen Verlautbarung benöthigen. Allerdings ist letzteres nicht unbestritten. Dernburg z. B. (Jahrb. f. Dogmatik IV. S. 145 ff.) meint, dass diese Annahme in Widerspruch zu der einseitigen Natur des Stiftungsgeschäfts stehe. Allein die Schenkung als solche ist niemals ein Vertrag, sondern ein ab-

[1]) Wie dies irriger Weise das Reichsgericht, R.G. V Nr. 37 S. 145 behauptet: „Die zukünftige Existenz wurde vorausgesetzt und mit dem Eintritte der Existenz fehlte es auch nicht an einem Rechtssubjecte, welches die ihm zugedachte Vermögenszuwendung acceptiren sollte, und thatsächlich acceptirt hat, wobei es unerheblich ist, ob man sich diese Acceptation als mit der rechtlichen Entstehung der Stiftung zeitlich zusammenfallend oder als ihr nachfolgend denkt.“ (?)

[2]) v. Ihering, Zweck im Recht I S. 474.

stractes Rechtsgeschäft oder richtiger ein allgemeiner Typus von Vermögensbereicherungs- und Vermögensverminderungsacten, die sich durch das Medium der verschiedensten concreten Rechtsgeschäfte verwirklichen kann (*tradere, obligare* u. s. w. *donandi causa*), aus diesem Grunde wird sie ja auch mit Recht fast durchweg im allgemeinen Theile behandelt; dass keineswegs für jede Schenkung zu deren Perfection Acceptation erforderlich ist, beweist *l.* 23. 91 *D. de sol.* 46, 3. Mit Gierke (Genossenschaftstheorie S. 140) ist zwischen der „Creation" der Stiftung und den sich damit zur Ausführung des Stiftungswillens verbindenden Dispositionen und Vertragschlüssen zu unterscheiden.

Nach § 81 Abs. 1 B.G.B. bedarf jedoch jedes Stiftungsgeschäft unter Lebenden der schriftlichen [1]) Form. Das Erforderniss findet seine Rechtfertigung in der grossen Bedeutung, welche der Inhalt des Rechtsgeschäfts, insbesondere die Anordnungen über die Vertretung, die Verwaltung und Verwendung des Vermögens u. s. w. für die ganze Dauer des Bestandes der Stiftung und über dieselbe hinaus haben. Die Beobachtung der vorgeschriebenen Form bietet zugleich in Ansehung der in einem einseitigen Rechtsgeschäfte erfolgten Errichtung einer Stiftung die unentbehrliche Gewähr dafür, dass eine wirkliche und vollendete Willenserklärung seitens des Stifters vorliegt". (Mot. I S. 119).

Inhaltlich gehört zum Stiftungsgeschäft:

a) ein hinreichend individualisirter, rechtlich und sittlich erlaubter Zweck.

b) Bestimmung des dem Zwecke gewidmeten Vermögens. — Allerdings findet sich die Ansicht vertreten, dass ein Vermögen zu einer Stiftung nicht unbedingt erforderlich sei; dadurch aber würde dem Individualwillen eine ganz ungerechtfertigte rechtliche Bedeutung zuerkannt, abgesehen von der Schwierigkeit, sich einen solchen auf gar kein Vermögen basirten Stiftungswillen als Rechtssubject zu denken. Für

[1]) Von dem weitergehenden Erforderniss der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung, das der Entwurf I aufstellt, hat die zweite Commission Abstand genommen.

uns ist Vermögen (Zweckvermögen) ein integrirendes Begriffsmoment der Stiftung, die eben deshalb *universitas bonorum* heisst; auch wird schwerlich einer vermögenslosen Stiftung die Staatsgenehmigung ertheilt werden, ja letztere wird mit Recht alle Mal ein beträchtliches Vermögen zur Bedingung machen.

c) Die Bestimmung, dass die Stiftung eine selbständig rechtliche Existenz (juristische Persönlichkeit) haben soll; andernfalls wird eine fiduciarische Stiftung, Ueberweisung des Stiftungsvermögen an den Staat, die Gemeinde oder eine sonstige schon bestehende Stiftung oder Corporation anzunehmen sein.

d) Anordnung einer Verwaltung: dieses Moment können wir freilich nicht als Bedingung der Gültigkeit des Stiftungsactes gelten lassen; richtig ist, dass die Stiftung, wie die Corporation, ja noch dringlicher als diese, die eventuell als *universitas inordinata* immerhin existiren kann, einen Vorstand haben muss. Allein es ist, wenn der Stifter selbst die Anordnung einer besonderen Verwaltung unterlässt, anzunehmen, dass der Staat oder die Gemeinde seinem präsumtiven Willen entspricht, wenn er (sie) eine solche einsetzt und insofern den Stiftungsact ergänzt.[1])

2. Gemeinrechtlich war bereits die Meinung vorherrschend,

[1]) Vgl. R.G. XIX Nr. 49: „Ist dies (die Anordnung einer Vertretung) versäumt, so beruft das Gesetz selbst (Novelle 131) die zur Ausführung geeigneten Personen und Behörden. Existiren aber die so Berufenen heutzutage nicht mehr, oder sind sie nach heutiger Staatsverfassung nicht mehr in der Lage, die fraglichen Functionen auszuüben, so ist damit nicht das Rechtsprincip selbst aufgehoben, sondern es kann nur in Frage kommen, welche Personen oder Behörden nach den heutigen veränderten Verhältnissen berufen sind, solche Functionen auszuüben. Da kann aber nicht bezweifelt werden, dass die Gemeinde desjenigen Ortes berufen ist, welche das Interesse ihrer einzelnen Einwohner oder bestimmter Classen derselben, sofern die Einzelnen nur Glieder ihrer Gemeinde in Betracht kommen, wahrzunehmen und nöthigenfalls selbst im Prozesswege zu vertreten hat." Obwohl diese Entscheidung sich zunächst nur auf eine letztwillige Stiftung bezieht, so halte ich sie allgemein für zutreffend. Falls jedoch dem Stiftungsact nach nicht die Gemeinde berufen erscheint, hat der Staat einzutreten.

dass die Stiftung, so lange nicht entweder die Staatsgenehmigung ertheilt ist oder die Stiftung bereits factisch ins Leben getreten, ihr Organ ernannt und demselben das Stiftungsvermögen überantwortet ist, noch widerrufen werden könne. Man meinte, diese Widerruflichkeit aus dem Wesen des einseitigen Rechtsgeschäfts folgern zu sollen. Auch entspreche es der Billigkeit gegenüber dem Stifter, ihm die Freiheit seinen Willen zu ändern, so lange zu wahren, als dies mit sonstigen beachtenswerthen Rücksichten vereinbar sei, da es sich bei der Stiftung um einen Act der Liberalität handelt. Schutzbedürftige Interessen Dritter, welche die Unwiderruflichkeit des Stiftungsgeschäfts vor Ertheilung der Staatsgenehmigung erfordern, seien nicht vorhanden; namentlich kommen die Destinatäre der Stiftung als solche schutzbedürftige Dritte nicht in Betracht, da sie in keinen Falle vor Ertheilung der Genehmigung ein Recht auf die stiftungsmässigen Bezüge erlangen. [1])

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat diese Anschauung in § 81 Abs. 2 sanctionirt. Bis zur Ertheilung der staatlichen Genehmigung ist der Stifter zum Widerrufe berechtigt. Von dem Augenblick an, wo die Genehmigung schon bei der zuständigen Behörde nachgesucht ist, kann allerdings der Widerruf nur dieser gegenüber erklärt werden. Nachgesucht ist die staatliche Genehmigung, wenn das Gesuch bei der zuständigen Behörde eingegangen ist (§ 130 B.G.B.). Vorher ist jedoch der Widerruf an keine Form gebunden, braucht weder gegenüber einer Behörde noch überhaupt gegenüber einem Anderen erklärt zu werden, es genügt z. B. Zerstörung der Stiftungsurkunde oder ein unter dieselbe oder anderswo gegebener schriftlicher Vermerk.

Für den Fall, dass der Stifter stirbt, bevor er selbst das Genehmigungsgesuch gestellt hat, geht das Widerrufsrecht sogar auf die Erben über, es steht diesen frei, die Genehmigung

[1]) Auch die Analogie der Vertragsofferte lässt sich für eine frühere Bindung des Stifters nicht geltend machen. In Betracht kommt ferner, dass gerade die Verhandlungen mit der für die Genehmigung zuständigen Behörde dem Stifter Veranlassung geben können, das Stiftungsgeschäft zu widerrufen.

nachzusuchen oder die Nachsuchung zu unterlassen. Ja, da sie völlig in *omne jus defuncti* succediren, so sind auch sie noch, nachdem sie selber schon das Gesuch gestellt haben, solange die Genehmigung noch nicht ertheilt ist, berechtigt zum Widerruf.

Ausgeschlossen ist das Widerrufsrecht der Erben nur:

a) wenn der Stifter selbst schon das Gesuch um Genehmigung bei der zuständigen Behörde eingereicht hat (§ 81, 2); wollte man ihnen auch in diesem Fall den Widerruf gestatten, so wäre zu befürchten, dass sie unter Ausserachtlassung der dem Erblasser schuldigen Pietät in einer lediglich ihren Interessen entsprechenden Weise von dem Widerrufsrechte Gebrauch machen möchten;

b) wenn im Falle der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung der Stifter das Gericht oder den Notar bei oder nach der Beurkundung mit der Einreichung betraut hat; es wird eben angenommen, dass er in diesem Falle seine Erben ebenso hat binden wollen, wie wenn er die Stiftung durch Verfügung von Todeswegen errichtet hätte.

II. Zweifellos ist, und dies wird auch vom Bürgerlichen Gesetzbuch (§ 83) vorausgesetzt, dass eine Stiftung durch eine Verfügung von Todeswegen errichtet werden kann, und zwar auch so, dass die künftige Stiftung selbst zum Erben eingesetzt wird. Allerdings wurde letzteres von einzelnen sehr formalistisch denkenden Pandektisten (z. B. Mühlenbruch) bestritten, die Veranlassung zu einer regen Behandlung der Controverse gab der berühmte Städelsche Erbschaftsstreit; [1]) da nach römischen Erbrecht der letztwillig Bedachte schon mindestens im Momente des Todes des Erblassers (als *nasciturus*) *in rerum natura* vorhanden sein muss, und doch die Stiftungspersönlichkeit (vorausgesetzt das Erforderniss staatlicher Genehmigung) erst nach dem Tode des Stifters entstehen kann, so bestritt Mühlenbruch u. A. die Rechtsgültigkeit des berühmten Städelschen Kunstinstituts (zu Frankfurt a. M.); nur zu Gunsten einer eigentlichen *pia causa* gab

[1]) Vgl. darüber die oben Nr. 1 i. f. zu § 8 angeführte Literatur (vom Jahre 1828) S. 244. Ferner Glücks Commentar, Bd. 40 (1838).

diese Anschauung auf Grund positiver Bestimmung des *l.* 24. *l.* 28 *pr. Cod. de episcopis* 1, 3 eine Ausnahme zu. Die Meisten[1]) glaubten das Bedenken nur durch Behauptung eines abweichenden deutschen Gewohnheitsrechts beseitigen zu können, das die Erbeinsetzung oder anderweitige Bedenkung einer gleichzeitig vom Testator selbst angeordneten Stiftung schütze, obwohl sie erst nach seinem Tode ins Leben trete.

Allein richtiger wäre es gewesen, zu betonen, dass er sich bei der letztwilligen Errichtung einer Stiftung um einen besonderen Rechtsact handelt, um die Schöpfung einer juristischen Person, um einen Rechtsact, der von der Erbeseinsetzung oder einem Legat an *personae incerta* grundverschieden ist. „Die Gründe, welche gegen die Bedenkung einer zur Zeit des Todes (des Erblassers) noch nicht existirenden Person als einer *persona incerta* gelten, also namentlich, dass es sich um Personen handle, die dem Erblasser fremd sind, können hier nicht zutreffen. Allerdings der legalpolitische Grund, dass das Eigenthum nicht auf die Dauer verfangen sein soll, ein Grund, welchem namentlich die Bedenkung von *personae futurae* entgegensteht, trifft auch hier zu, ja er trifft mit gesteigerter Energie zu; allein er trifft ebenso bei Stiftungen unter Lebenden zu, und was hier helfen kann, ist nur die Nothwendigkeit der Staatsgenehmigung, sofern dieselbe den Stiftungen versagt bleibt, welche das Eigenthum zu sehr in Schwebe halten. Daher ist die Controverse über die Möglichkeit, im Testament eine Stiftung zugleich zu gründen und zu bedenken, eine Controverse formaler Jurisprudenz, welche auf dem Irrthum beruht, als ob, was für Legate und Erbeseinsetzungen gelte, ohne Weiteres auch für Stiftungen *mortis causa* zu gelten habe“ (Kohler, Ueber das Recht der Stiftungen, Archiv f. Bürgerl. Recht III [1890] S. 240. 241).

Das Bürgerliche Gesetzbuch erledigt jenes formale Bedenken durch die gesetzliche Fiction des § 84: Wird die Stiftung erst nach dem Tode des Stifters genehmigt, so gilt sie für die Zuwendungen des Stifters als schon vor dessen Tode entstanden.[2])

[1]) z. B. Gierke, Genossenschaftstheorie S. 126.

[2]) Der § 84 findet auch auf Stiftungen durch Rechtsgeschäft unter

Wissenschaftlich löst sich für uns diese Fiction dahin auf, — und könnte unsofern als ungeschickt erscheinen, — dass das Bürgerliche Gesetzbuch der Staatsgenehmigung offenbar keine constitutive, sondern nur eine declaratorische Bedeutung beilegen will, es ist die Erklärung: „Soll die Stiftung ins Leben treten, so hat der Staat nichts dagegen einzuwenden.“ Der Staat will durch seine Genehmigung nicht als Schöpfer der juristischen Person erscheinen, vielmehr ist seine Genehmigung ein besonderer staatsrechtlicher Act, der eine Bedingung der Rechtsfähigkeit der Stiftung bildet, vergleichbar etwa der Aufnahme des neugebornen Kindes durch den Vater (*liberos tollere*) im altrömischen Familienrecht; der Act der Geburt allein brachte das Kind noch nicht in ein familienrechtliches Verhältniss, sondern erst der Wille des Vaters, der kraft seines *jus vitae ac necis* ein krüppelhaftes Kind aussetzen oder tödten durfte.

Auf keinen Fall finden auf die staatliche Genehmigung der Stiftung daher auch die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über die privatrechtliche Einwilligung bzw. Genehmigung (§§ 182 ff.) Anwendung.

Die staatliche Genehmigung ist daher auch nicht geeignet, weder die sonstigen für den Stiftungsact vorgeschriebenen Formen zu ersetzen noch etwaige sonstige Anfechtungsgründe dritter Personen bezüglich der Stiftung, z. B. etwa der Gläubiger des Stifters zu beseitigen; wird von letzteren die Stiftung angefochten, so richtet sich die Anfechtung nicht gegen einen staatsrechtlichen constitutiven Act, nicht gegen einen Regierungsact, sondern gegen das constitutive Stiftungsgeschäft, durch dessen Aufhebung die declaratorische Erklärung zwar gegenstandslos, aber nicht rescindirt wird. [1]).

Solange die Stiftung nicht genehmigt ist, ist sie allerdings noch nicht als existent zu betrachten, vielmehr im Process des

Lebenden Anwendung, wenn der Stifter der von ihm errichteten Stiftung vor deren staatlicher Genehmigung durch Verfügung von Todeswegen Zuwendungen macht, auch dann, wenn es sich lediglich um die durch das Stiftungsgeschäft selbst der Stiftung gemachten Zuwendungen handelt. Vgl. Plank. Commentar zum B.G.B. § 84 Nr. 2.

[1]) Vgl. R.G. V Nr. 37.

Werdens begriffen, in einem Zustande, bei welchem sich der schon oft herangezogene Vergleich mit dem embryonalen Zustand des Menschen, dem *nasciturus*, aufdrängt. Das Nichtvorhandensein eines Rechtssubjectes nach aussen hin steht nämlich, ebenso wie beim *nasciturus*, in keiner Weise der Begründung von Rechtsverhältnissen entgegen, welche für das werdende Rechtssubject bis zu der Entscheidung über dessen Sein und Nichtsein in der Schwebe bleiben.[1])

Jedenfalls erlangt sie, sobald sie genehmigt ist, nach § 82 B.G.B. *ipso jure* einen obligatorischen Anspruch gegen den Stifter auf die ihr durch das Stiftungsgeschäft zugewandten Rechte; der Stifter wird jetzt „verpflichtet, das in dem Stiftungsgeschäfte zugesicherte Vermögen auf die Stiftung zu übertragen."

Solche Rechte jedoch, zu deren Uebertragung der Abtretungsvertrag genügt, also Forderungen, gehen *ipso jure* mit der Genehmigung auf die Stiftung über, sofern nicht aus dem Stiftungsgeschäfte sich ein anderer Wille des Stifters ergiebt (§ 82).

§ 10.

Die Verfassung der Stiftung.

Die Verfassung der Stiftung wird zunächst durch den Willen des Stifters bestimmt; soweit dieser nicht vorgesorgt hat, durch die Anordnung der beaufsichtigenden Staats- oder Gemeindebehörde, vgl. S. 251 oben; sodann in erster Linie durch reichsgesetzliche Bestimmungen, in zweiter durch landesgesetzliche.

Zwingende gesetzliche Bestimmungen dürfen natürlich durch den Stifterwillen so wenig wie durch die etwaigen, ihn ergänzenden Individualverfügungen der Behörde verletzt werden (§ 85 B.G.B.)

Von den für Corporationen geltenden Normativvorschriften findet auf die Stiftung entsprechende Anwendung zunächst § 26: die Stiftung muss einen Vorstand haben. Dieser kann aus mehreren Personen bestehen.

[1]) Vgl. Gierke, Genossenschaftstheorie S. 118.

Der Vorstand vertritt die Stiftung gerichtlich und aussergerichtlich; er hat die Stellung eines gesetzlichen Vertreters. Der Umfang seiner Vertretungsmacht kann durch das Stiftungsstatut (die Satzung),[1]) mit Wirkung gegen die dritte beschränkt werden.

Sodann § 27, 3: Auf die Geschäftsführung des Vorstandes finden die für den Auftrag geltenden Vorschriften der §§ 661 bis 670 entsprechende Anwendung (siehe S. 202 f. oben). Ferner § 28: Besteht ein Vorstand aus mehreren Personen, so erfolgt die Beschlussfassung nach den für die Beschlüsse der Mitglieder des Vereins geltenden Vorschriften der §§ 32, 34 (S. 203 oben).

Doch finden diese beiden letzteren Vorschriften (27, 3 und 28, 1) nur soweit Anwendung, als sich nicht aus der Verfassung, insbesondere daraus, dass die Verwaltung der Stiftung von einer öffentlichen Behörde geführt wird, ein Anderes ergiebt. (§ 86 B.G.B).

Ist eine Willenserklärung gegenüber der Stiftung abzugeben, so genügt die Abgabe gegenüber einem Mitgliede des Vorstandes (§§ 28, 86). Doch findet diese Vorschrift keine Anwendung auf Stiftungen, deren Verwaltung von einer öffentlichen Behörde geführt wird. In letzterem Falle würde dadurch ein Eingriff des Privatrechtes in das öffentliche Recht gegeben werden; die Repräsentation der öffentlichen Behörde, auch wo sie als fiduciarischer Disponent einer Privatstiftung eintritt, wenigstens in passiver Hinsicht anders zu regeln, als in den darüber bestehenden öffentlich rechtlichen Normen würde bedenklich sein, im vorliegenden Falle um so mehr, als z. B. Gemeindevorstände nicht selten aus einer so grossen Anzahl von Mitglieder bestehen, dass keine genügende Garantie dafür besteht, dass, was einem zur Kenntniss kommt, auch der Gemeindevertretung als solcher stets mitgetheilt werde (vgl. S. 205 oben).

Auch eine Stiftung kann zeitweilig in Folge von Tod oder zufällig eintretender Geschäftsunfähigkeit derjenigen physischen Personen, die ihren Vorstand bilden, ohne Vertretung sein.

[1]) Auch durch die Landesgesetze.

Sofern ihre Verwaltung nicht von einer öffentlichen Behörde geführt wird, findet dann die für Corporationen in gleichem Falle gegebene Vorschrift des § 29 B.G.B. Anwendung: In dringenden Fällen ist dann für die Zeit bis zur (definitiven) Beseitigung des Mangels auf Antrag eines Betheiligten d. h. entweder eines Stiftungsberechtigten oder auch jedes Dritten, der ein Interesse daran hat, ein Rechtsgeschäft mit der Stiftung vorzunehmen, z. B. eine Zahlung von ihr zu erhalten oder eine Erklärung ihr gegenüber abzugeben, ein interimistischer Vertreter für sie von dem Amtsgerichte zu bestellen, in dessen Bezirke die Stiftung ihren Sitz [1]) hat. Auch diese Vorschrift ist nicht anwendbar auf Stiftungen, mit deren Verwaltung eine öffentliche Behörde betraut ist; denn es wäre ein bedenklicher Eingriff in die öffentlich rechtliche Verfassung dieser Behörde, für den Fall, dass sie in Folge einer eingetretenen Vacanz zeitweilig eines zu ihrer Vertretung legitimirten Beamten ermangeln sollte, dem Amtsgerichte die Befugniss zuzusprechen, diesen Mangel durch Bestellung eines besonderen Vertreters zu ergänzen; die öffentliche Corporation selbst und eventuell die zu ihrer Oberaufsicht befügte Staatsbehörde ist allein dazu berufen, den Mangel zu beseitigen.

Beachtenswerth scheint mir endlich für den Fall der zeitweiligen Sistirung der Verwaltung und somit der Verkehrsfähigkeit einer Stiftung ein schon oben § 8 (S. 247) hervorgehobener Unterschied zu sein. Einen Verein, dessen Vorstand zeitweilig vacant ist, haben wir (oben S. 202) um deswillen nicht einer geschäftsunfähigen Person ohne gesetzlichen Vertreter gleichstellen mögen und daher insbesondere die §§ 206, 939 (Hinderung der Vollendung der Verjährung und Ersitzung) für unanwendbar erklärt. Eine Stiftung, deren Verwaltung sistirt ist, glauben wir dagegen für absolut geschäftsunfähig erklären zu müssen; denn ein Willensorgan, wie es der Verein zur baldigen Beseitigung des Mangels seiner Vertretung nach Aussen in der Mitgliedergesammtheit besitzt, ist bei der Stiftung, einem blossen Zweck-

[1]) Als Sitz der Stiftung gilt, wenn ein anderes nicht bestimmt ist, der Ort, an welchem die Verwaltung geführt wird (§ 80 B.G.B.).

vermögen, nicht vorhanden. Es dürfte sich daher allerdings rechtfertigen, sie, solange ihre Verwaltung sistirt ist, als geschäftsunfähige Person ohne gesetzlichen Vertreter anzuerkennen, so dass nach § 206 B.G.B. eine gegen sie laufende Verjährung nicht vor dem Ablaufe von sechs Monaten nach dem Zeitpunkte vollendet wird, in welchem der Mangel der Vertretung aufhört; ist die Verjährung kürzer als sechs Monate, so tritt der für die Verjährung bestimmte Zeitraum an die Stelle der sechs Monate. Ebenso kann nach § 939 B.G.B. die Ersitzung nicht beginnen und, falls sie begonnen hat, nicht fortgesetzt werden, solange die Stiftung der gesetzlichen Vertretung entbehrt. Denn eine jedes Willensorgans entbehrende Vermögenseinheit für geschäftsfähig zu erachten, wie es z. B. Riedel, das Bürgerlichen Gesetzbuch in Vergleich mit dem Pr. R. S. 115, ferner Achilles, Handausgabe des B.G.B. § 206 Note 2 allgemein für juristische Personen, einschliesslich Stiftungen, über sich gewinnen, erscheint mir unzulässig.

Unbedingt anwendbar auf Stiftungen ist (nach § 86) der § 30 B.G.B., wonach durch die Satzung (die Stiftungs-Verfassung) neben dem Vorstande für gewisse Geschäfte besondere Vertreter bestellt werden können. Die Vertretungsmacht eines solchen Vertreters erstreckt sich im Zweifel auf alle Rechtsgeschäfte, die der zugewiesene Geschäftskreis gewöhnlich mit sich bringt (S. 189 oben).

Endlich haben wir bereits (oben S. 185 ff.) hervorgehoben, dass auch die Stiftung nach Massgabe des § 31 B.G.B. für jeden Schaden verantwortlich ist, den ein verfassungsmässiger Vertreter durch eine in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen begangene, zum Schadenersatz verpflichtende Handlung einem Dritten zufügt. Die *ratio* dieser Haftbarkeit ist ja auch, wie wir oben (S. 187) sahen, nicht etwa die vorausgesetzte Handlungsfähigkeit der juristischen Person, sondern lediglich die Utilitätsmaxime der Verkehrssicherheit.

Der § 31 (bzw. insofern § 86) ist zwingenden Charakters, kann also weder durch die Satzung noch durch Landesgesetz ausgeschlossen werden.

§ 11.

Umwandlung des Zwecks der Stiftung und Untergang.

I. Der Zweck der Stiftung ist, da er und nicht das Vermögen den eigentlichen Träger der verliehenen juristischen Persönlichkeit bildet, (das Vermögen bildet nur nach unserer Ansicht allerdings eine unentbehrliche Voraussetzung ihrer Realisirung), in weit höherem Grade vor einer Aenderung sicher gestellt, als der Zweck einer Corporation. Zweifellos ist der Vorstand der Stiftung allein zu keiner, auch noch so geringen Modification der Stiftungszweck berechtigt, massgebend ist und und bleibt für ihn ausschliesslich der Stifterwille. Nicht nur die Pietät gegen den Stifter gebietet dies, sondern auch die Rechtssicherheit, durch deren Antastung sowohl der höchst gemeinnützige Stiftergeist als auch das allgemeine Rechtsgefühl beeinträchtigt werden würde.

Dennoch kann bei der Veränderlichkeit aller menschlichen Verhältnisse ein starres Festhalten am ursprünglichen Stiftungszweck nicht zur unabänderlichen Regel gemacht werden. Gewisse unwesentliche Modificationen können schon im Interesse der Verfolgung des wesentlichen Zwecks als Anpassung an die veränderten Umstände geboten erscheinen. Man kann solche Anpassung als dem präsumtiven Stifterwillen entsprechend ansehen. Daher hat schon das römische Recht (*l.* 1, 4, 6 *de administr. rer.* 50, 8 *l.* 16 *de usu et usufr.* 33, 2, *l.* 7 *pr. de oper. publ.* 50, 10) gestattet, dass mit Genehmigung der für die Oberaufsicht zuständigen Staatsbehörde und unter Zustimmung solcher Betheiligter, die ein klagbares Privatrecht gegen die Stiftung besitzen, eine solche Umänderung vorgenommen werde. Die veränderten Zeitverhältnisse können aber auch eine völlige Umwandlung des Stiftungszwecks nothwendig erscheinen lassen, z. B. wenn etwa die Erfüllung des eigentlichen Stiftungszwecks unmöglich geworden ist.[1]) Auch kann ein Stiftungszweck,

[1]) Beispielsweise denke man an den Fall einer zur Zeit der ehemaligen Türkenkriege gegründeten Stiftung zum Loskauf christlicher Kinder aus türkischer Gefangenschaft.

der früher als gemeinnützig galt oder den früheren sittlichen Anschauungen nicht widersprach, sich in Folge der veränderten Zeitverhältnisse oder sittlichen Anschauungen als ein das Gemeinwohl gefährdender Zweck erweisen. In diesem Fall muss der Staat, dessen Genehmigung ja eine *conditio sine qua non* des Stiftungszwecks ist, berechtigt erscheinen, sowohl die Stiftung aufzuheben, als auch, was, wenn man den Stiftungszweck als das Wesentliche ansieht, der Aufhebung gleichkommt, ihr eine andere Zweckbestimmung zu geben. Nach gemeinem Rechte erforderte aber eine solche Aufhebung oder wesentliche Zweckumwandlung ein Specialgesetz. — Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch (§ 87) ist letzteres nicht mehr erforderlich. Ist die Erfüllung des Stiftungszwecks unmöglich geworden oder gefährdet sie das Gemeinwohl, so kann die zuständige Behörde der Stiftung eine andere Zweckbestimmung geben oder sie aufheben. Welche Behörde zuständig ist, wird durch die Landesgesetze bestimmt.

Ob die Voraussetzungen zu einer Aufhebung oder Umwandlung gegeben sind, hat sie nach eigenem Ermessen zu entscheiden. Ihre Pflicht, den Umständen gemäss die richtige Entscheidung zu treffen, ist rein öffentlich-rechtlicher Natur und, wenn ihre Verfügung ungerechtfertigt erscheint, kann sie nur durch die landesrechtlich zugelassenen Rechtsmittel, die wohl ausschliesslich auf dem Gebiete des öffentlichen Verwaltungsrechts liegen werden, angefochten werden.

„Bei der Umwandlung des Zweckes ist die Absicht des Stifters thunlichst zu berücksichtigen, insbesondere dafür Sorge zu tragen, dass die Erträge des Stiftungsvermögens dem Personenkreise, dem sie zu Statten kommen sollten, im Sinne des Stifters thunlichst erhalten bleiben. Die Behörde kann die Verfassung der Stiftung ändern, soweit die Umwandlung des Zweckes es erfordert. — Vor der Umwandlung des Zweckes und der Aenderung der Verfassung soll der Vorstand der Stiftung gehört werden“ (§ 87, 2, 3).

II. Da nach unserer Definition die Stiftung ein mit juristischer Persönlichkeit versehenes Zweckvermögen ist, nicht ein blosser Zweck, da also Vermögen, und zwar ein für den Zweck ausreichendes, zu ihren wesentlichen

Voraussetzungen gehört, so ergiebt sich für uns neben dem Fortfall der Möglichkeit (oder Statthaftigkeit) des Zweckes als zweiter Grund des Untergangs der Verlust des Vermögens, der ja, wie bei jedem Vermögen, so auch bei einer Stiftung, aus den verschiedensten Gründen mit und ohne Schuld der Verwaltung eintreten kann. Allerdings findet sich auch die gegentheilige Auffassung vertreten; so meint z. B. Planck (Commentar S. 118, Nr. 2 zu § 81), obwohl auch er die „Widmung von Vermögen als integrirenden Bestandtheil des Stiftungsgeschäfts“ betrachtet, wenn durch die Widmung von Vermögen die Stiftung einmal begründet und damit eine Organisation geschaffen sei, welche den Erwerb neuen Vermögens ermögliche, so bilde der Verlust des bisherigen Vermögens keinen Grund des Erlöschens einer Stiftung. Das Bürgerliche Gesetzbuch schweigt über die Frage; da es aber das Stiftungsrecht nicht unter völligen Ausschluss des Landesrechtes regeln will, dürfte aus diesem Schweigen kein Schluss zu ziehen sein. Der Gedanke, dass eine Stiftung, sofern nur ihre Organisation bestehen bleibt, ja neues Vermögen erwerben könne, scheint mir nicht nur deshalb rein theoretisch zu sein, weil die Aufgabe der Stiftungsorgane doch lediglich auf Verwendung des vorhandenen, nicht auf Erwerb von neuem Vermögen gerichtet ist, sondern auch, — zugegeben, dass ja der fortbestehenden Stiftungspersönlichkeit von dritter Seite freiwillige Zuwendungen gemacht werden könnten, — deshalb keine Beweiskraft zu haben, weil er voraussetzt, was zu erweisen ist. Geht man mit Plank von der essentiellen Bedeutung eines Stiftungsvermögens für den Begriff oder auch nur die Begründung der Stiftung aus, so spricht für den Verlust der Rechtsfähigkeit beim Verlust des Vermögens die allgemeine Rechtsregel: *Quibus modis acquirimus, isdem in contrarium actis amittimus l.* 153 *D. de R. J.* 50, 17. *Cum principalis causa non consistit, ne ea quidem quae sequuntur locum habent*, (*l.* 129 *eodem*). Sodann halte ich folgendes Argunaut für durchschlagend: Das Bürgerliche Gesetzbuch knüpft ausdrücklich auch bei der Stiftung an die Eröffnung des Concurses den Verlust der Rechtsfähigkeit (§§ 42, 86). Meines Erachtens ergiebt sich daraus von selbst der Verlust der Rechtsfähigkeit bei solchem Verlust des Vermögens, der nicht ein-

mal mehr einen Concurs ermöglicht, *per arg. a majore ad minus.* — Oder soll die Verwaltung einer Stiftung, deren Zweck mangels zureichenden Vermögens nicht mehr ausführbar ist, gleichwohl auf die ungewisse Hoffnung hin, neues Vermögen zu erwerben, fortbestehen? Praktisch wird die Frage wohl schwerlich werden, da ja die Staatsbehörde auch in diesem Falle zweifellos wegen Unmöglichgewordenseins des Stiftungszwecks die Stiftung aufheben kann, und die Verwaltung diese Aufhebung gewiss rechtzeitig beantragen wird.

III. Das Schicksal des Vermögens einer erloschenen Stiftung bestimmt sich in erster Linie nach der Verfassung (§ 88). Wenn diese nicht vorgesorgt hat, so fällt es an den Fiscus. In ersterem Fall finden die Vorschriften über das Liquidationsverfahren bei Vereinen, in letzterem die über eine dem Fiscus als gesetzlichen Erben anfallende Erbschaft entsprechende Anwendung.

Vierter Abschnitt.

Sachen (Rechtsobjecte).

§ 1.

Körperliche und unkörperliche Sachen, einheitliche und zusammengesetzte Sachen.

Es giebt zwar subjective Rechte, die weder eine unmittelbare noch eine mittelbare Beziehung zur Aussenwelt haben, bei denen es sich ausschliesslich um den Schutz eines subjectiven Werthes der Persönlichkeit handelt, das Recht der Persönlichkeit selber (S. 75 oben), das Recht auf Ehre, am Namen u. A. (rein subjective Rechte, Individualitätsrechte). Bei den meisten Rechten dagegen handelt es sich um eine Beziehung der Person zur Aussenwelt. Dem Rechte im subjectiven Sinne entspricht hier ein Rechtsobject. Object oder Sache (*res*) im weitesten Sinne ist alles, was nicht Person

ist, jeder andere Gegenstand der Sinnes- oder Gedankenwelt. Rechtsobject also jeder Gegenstand der Sinnes- oder Gedankenwelt, an dem wir ein staatlich geschütztes Interesse haben können. Rechtsobject kann demnach ein Recht selber sein, z. B. eine Forderung. Wir können Rechte an Rechten erlangen, z. B. einen rechtlichen Anspruch auf Uebertragung einer Forderung.

Hieraus entspringt allein das praktische Bedürfniss der schon von den Römern aufgestellten Unterscheidung zwischen *res corporalis* und *incorporalis*, körperlichen und unkörperlichen Gegenständen des Rechtes.

Körperliche Gegenstände des Rechtes sind Sachen im engeren, juristischen Sinne. Wenn das Bürgerliche Gesetzbuch den Ausdruck Sachen gebraucht, so meint es nur körperliche Gegenstände (§ 90).

Obwohl man glauben sollte, dass der Begriff des körperlichen Gegenstandes gar keiner Definition bedürfe, so zeigt doch die Praxis, dass er nicht ohne Schwierigkeiten ist, wenigstens für denjenigen Juristen, dem das Wort des geschriebenen Gesetzes, also pandektenrechtlich das Wort Justinians A und O des Denkens bildet. Justinian hat nämlich das Kriterium der *res corporalis* in Anschluss an Gajus, Institutionen II. § 12 in die Wahrnehmbarkeit durch den Tastsinn gestellt.[1]) Freilich dürfte schon die unbefangene Würdigung der unten citirten Stelle ergeben, dass der römische Kaiser bzw. Gajus selber nicht die grobsinnlichste Handgreiflichkeit für das Wesen der Körperlichkeit ansah, sondern den Gegensatz zur Körperlichkeit durchaus richtig in der blossen Denkbarkeit fand. Aber abgesehen davon handelt es sich hier mit einem Begriffe nicht der positiven, sondern der wissenschaftlichen Jurisprudenz, d. h. um einen Begriff, den die Natur der Sache ihr darbietet. Es lag keineswegs in der

[1]) *pr.* § 1, 7 *de reb. incorporalibus* 2, 2: *Quaedem praeterea res corporales sunt, quaedam incorporales. Corporales eae sunt, quae sui natura tangi possunt: veluti fundus, homo, vestis aurum, argentum et denique aliae res innumerabiles. Incorporales autem sunt, quae tangi non possunt, qualia sunt, quae in jure consistunt: sicut hereditas, ususfructus, obligationes quoquo modo contractae.*

Absicht Justinians bezw. des Juristen Gajus, eine Legaldefinition der Körperlichkeit aufzustellen. Die Bestimmung dieses Begriffes ist Sache der Philosophie, und zwar, soweit es sich um seine rechtliche Bedeutung handelt, der Rechtsphilosophie. Für diese aber ist der Zweckgedanke, das Bedürfniss des menschlichen Verkehrs allein ausschlaggebend. Metaphysisch und naturphilosophisch kann das Wesen der Körperlichkeit im Allgemeinen, wie auch im Besonderen die Frage, ob einem Gegenstande der Sinnenwelt das Prädicat der Körperlichkeit zukommt, zweifelhaft sein; für die Rechtsphilosophie genügt der selbst für den Idealismus zunächst als Thatsache gegebene Unterschied zwischen äusserer Wahrnehmbarkeit und rein subjektiver (innerlicher) Gegenständlichkeit, der Gegensatz zwischen der durch die Sinne vermittelten Erfahrung und einer rein unmittelbaren, durch das Vorstellungsleben gegebenen Dinglichkeit. Alles, was in die erstere Kategorie fällt, ist für die Rechtswissenschaft körperlich, einerlei ob es dabei ontologisch oder auch nur naturwissenschaftlich unter den Begriff einer körperlichen Substanz oder einer blossen Eigenschaft, eines Zustandes fällt. Der Gegensatz zwischen Substanz und Accidens geht uns hier nichts an. Stofflich, körperlich ist für uns jedes stoffliche Phänomen, wofern es nur im rechtlich-wirthschaftlichen Verkehr als solches einen Gebrauchs- und Tauschwerth hat und demgemäss nach der Verkehrsanschauung als selbstständiger Gegenstand gelten kann. Stoffliches, im äusseren Raume auftretendes Phänomenon ist aber nicht nur das mit den Händen Greifbare, sondern Alles, was sich, sei es auch nur durch die künstliche Verschärfung irgend eines unserer Sinne-, Gesicht, Gefühl, Gehör, Geruch-, als natürlich wirksam darstellt. Hiernach kann es keinem Zweifel unterliegen, dass auch Gase, ja selbst die Wärme, das Licht und die Elektricität, auch der Schall körperliche Sachen im Rechtssinne darstellen, obwohl die letzteren naturwissenschaftlich als blosse Bewegungszustände oder Kräfte (Imponderabilien) erklärt werden. Denn ebensowenig, wie die Tastbarkeit oder gar Greifbarkeit ist die Wägbarkeit heutzutage eine Voraussetzung der Beherrschung dieser äusseren Phänomene durch den mensch-

lichen Willen. Wie wir das Gas mit dem Gasometer messen, so messen wir die Elektricität mit dem Dynamometer, und genau wie das Gas durch Röhren, können wir die elektrische Kraft durch Dräthe leiten und vertheilen. Im Gegensatz zu Endemann (Einführung in das B.G.B. 3. Aufl. S. 226 ff.) trage ich daher kein Bedenken auch die Elektricität, auch das Licht für eine körperliche Sache zu erklären. [1])

Wo das Bürgerliche Gesetzbuch eine Sache in weiterem Sinne, *res incorporalis*, als Gegenstand von Rechten nennen muss, gebraucht es den Ausdruck „Gegenstand". Dagegen rechnet es selbst blosse Rechte, also Gedankendinge wiederum

[1]) Ebenso Dernburg, Pandekten I § 67 (5. Aufl.). Vgl. ferner R.G. XVII. S. 270: „Der elektrische Strom ist eine Schöpfung neuester Zeit! Und es handelt sich darum, ihm als Gegenstand des Rechtsverkehrs seine Stelle im Rechtsverkehr anzuweisen." — „Im Rechtssinne ist ein wesentlicher Unterschied zwischen dem vom Berufungsgerichte aufgestellten Beispiele der Erzeugung von brennbarem Gas und seiner Leitung in Röhren nach dem Orte, wo das Gas zum Brennen gebracht werden soll und der Herstellung des elektrischen Stromes und seiner Leitung nach dem Punkte, wo die elektrische Beleuchtung stattfinden soll, nicht zu erkennen. Gas und Elektricität sind gleicher Weise Erzeugnisse menschlicher Arbeitsthätigkeit. In beiderlei Produktionsfällen ist aber nicht die menschliche Arbeit, sondern ihr Produkt Gegenstand des Vertrages."

Freilich hat ein Strafsenat des Reichsgerichts (Entsch. in Strafsachen Bd. 29 S. 111) sich gelegentlich einer Diebstahlsanklage im gegentheiligen Sinne entschieden, eine Entscheidung, die mir auch mit Rücksicht auf strengere Auslegungsmethode des Strafrechts (*nulla poena sine lege*) nicht gerechtfertigt erscheint.

Civilrechtlich hat die bisherige Praxis auch in Ansehung der Frage, was eine körperliche Inmission sei, sich auf den von uns vertretenen Standpunkt gestellt und nicht blos Staub u. s. w., sondern auch Gerüche, selbst Lärm (Schallwellen) für Inmissionen erklärt. Vgl. Ihering, Jahrb. f. Dogm. VI. 1 (1863) S. 111, 112, 121, 127. Windscheid, Pand. I § 169 Nr. 20 R.G. VI. S. 217, bei Gruchot Bd. XXXII S. 933 XXXIV S. 476.

Uebrigens ist die Bemerkung, dass diese Auffassung mit der Naturwissenschaft in Widerspruch trete, irrig; denn gerade nach der vertieften Naturwissenschaft der Neuzeit lassen sich alle körperlichen Phänomene auf blosse Kräfte zurückführen, ist also ein wesentlicher Unterschied zwischen Wärme, Elektricität, Licht u. s. w. einerseits und ponderablen Stoffen nicht gegeben.

zu den körperlichen Sachen, wenn dieselben (vergl. S. 73 oben) an die Voraussetzung des Besitzes einer körperlichen Sache gebunden sind (§§ 1006, 1081, 1293, 1362).

2) Ausschliesslich das praktische Verkehrsinteresse entscheidet auch die Frage, ob eine Sache als Einheit oder als eine Mehrheit einzelner Sachindividuen anzusehen ist. Vorausgesetzt wird jedoch ein thatsächlicher dauernder Zusammenhang, sei dieser nun von Natur gegeben oder erst künstlich herbeigeführt. Die *l.* 30 *D. pr. de usurp.* 41, 3 bezeichnet die von Natur zusammenhängenden Stücke der Aussenwelt, seien sie nun belebt oder unbelebt, als *ἡνωμένα*, *res unitae sc. quae uno spiritu continentur*, die künstlich zusammengefügten (Artefacte) als *res connexae* oder *συνημμένα*. Eine juristische Bedeutung kommt diesem Unterschiede nicht zu; denn beide Arten von Sachindividuen können nur einem einheitlichen (dinglichen) Rechtsverhältnisse unterworfen sein. Bei dieser sog. *universitas rerum cohaerentium* gelten die einzelnen Theile, in die sich physisch die Sache zerlegen lässt, juristisch gar nicht als besondere Sachen. Die Sache bleibt dieselbe, auch wenn einzelne Theile durch den natürlichen Stoffwechsel (bei der *res unita*) oder durch Reparatur (bei dem Artefact) durch andere ersetzt werden. [1])

Das römische Recht ist aber aus wirthschaftlichen Zweckmässigkeitsgründen auch zur Zusammenfassung körperlich selbständiger Sachen zu einer Einheit, der *universitas rerum distantium* fortgeschritten für solche Dinge, die wie eine Heerde, ein Bienenschwarm eine landwirthschaftliche, sich selbst erhaltende Einheit bilden. Dieser Begriff bietet ein objectives Seitenstück zur (subjectiven) *universitas personarum*; wie bei letzterer das Subject dasselbe bleibt trotz Wechsels der in ihm

[1]) Besonders betont und geistreich begründet wird dies *l.* 76 *D. de judiciis* 5, 1: *itemque navem, si adeo saepe refecta esset, ut nulla tabula eadem permaneret quae non nova fuisset, nihilominus eandem navem esse existimari, quod si quis putaret partibus commutatis aliam rem fieri, fore ut ex ejus ratione nos ipsi non idem essemus qui abhinc anno fuissemus, propterea quod, ut philosophi dicerent, ex quibus particulis minimis consisteremus, hae cottidie ex nostro corpore decederent aliaeque extrinsecu in eorum locum accederent.*

zusammengefassten Einzelpersonen, so bleibt hier das Object dasselbe, wenn auch die einzelnen Stücke wechseln. [1])

Es ist kein Grund vorhanden, diesen Begriff, der die Bedeutung einer praktischen Construction eines präsumtiv gewollten Verhältnisses hat, auf sog. Naturganze, wie Heerde und Bienenschwarm zu beschränken, — weil hier dem Leithammel, der Bienenkönigin die anderen Thiere instinctiv folgen —, mit Recht hat die Praxis ihn auch auf Sachgesammtheiten bezogen, die wie eine Bibliothek, eine Gemäldesammlung, ein Waarenlager durch besondere Veranstaltung der Besitzer künstlich geschaffen sind.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat den Begriff dieser Sachgesammtheit abgelehnt; in Anschluss an Windscheid, Pand. I § 137 Noten 4, 5, meinen die Motive, dass eine Sachgesammtheit nicht Gegenstand von Rechten sein könne. Dieser Standpunkt ergiebt sich für das Bürgerliche Gesetzbuch aus seiner engen Definition des Sachbegriffs, indem es den Begriff der *res incorporalis* nicht mit aufgenommen hat. Das Bürgerliche Gesetzbuch ist damit nicht nur zum römischen Recht, sondern auch zum *Code civil*, dem Preuss. L.R. (I. 2 §§ 32, 36—39), dem bayr. L.R. II. 5 § 6, dem sächs. G.B. § 63, in Widerspruch getreten, und zwar, wie Fuchs in der in *not.* 4. i. f. citirten Schrift nachweist, offenbar veranlasst durch einen

[1]) *l.* 30 *pr. D. de usurp.* 41, 3 *l.* 21. *D. de exc. rei jud.* 44, 2 *l.* 2, 3 *pr.* 23 § 5 *D. de rei vind.* 6, 1 *l.* 1 § 3 S. 6, 1. Die *vindicatio gregis* ist zulässig, *licet singula capita nostra non sint.* „Wenn man auch darüber streiten kann, ob die Stelle dem Kläger ein materielles Eigenthumsrecht oder nur eine formale Universalklage (ohne Eigenthum?) verleiht, ob der Beklagte die Herausgabe nur der ihm gehörigen Stücke oder auch der nicht im Eigenthum des Klägers stehenden verweigern dürfe, angesichts des klaren Wortlautes der Stelle dürfte über zwei Punkte nicht gestritten werden. Einmal ist die Klage nicht eine Mehrzahl von Vindicationen, sondern eine einheitliche Universalklage; sodann der Kläger braucht nicht von jedem einzelnen Thiere den Eigenthumserwerb nachzuweisen; es genügt, dass er den Erwerb der Heerde als solcher nachweist, was, wie Förster-Eccius (I § 21 Note 2) richtig hervorhebt, um so näher liegt, als der Erwerb *uno acto* geschehen sein kann, und der Erwerb des Nachwuchses ohnehin aus der Lage des *bonae fidei possessor* folgt.“ (Dr. Eugen Fuchs, das Wesen der Dinglichkeit S. 86.) Vgl. hierzu Ihering, Geist des röm. Rechts III. S. 38 Nr. 22.

falschen Begriff vom Wesen der Dinglichkeit, das die Motive in einer unmittelbaren Herrschaft über die Sache sehen, während das eigentliche Wesen der Dinglichkeit nur in dem absoluten gegen Alle gerichteten Rechtsschutz zu finden ist, also keineswegs, wie auch längst im deutschen und überhaupt im modernen Rechte anerkannt ist, eine körperliche Einzelsache voraussetzt.[1]) Die moderne Jurisprudenz hat der *universitas rerum distantium* noch eine andere entgegengesetzt, die sie *universitas juris* nennt, während jene als *universitas facti* bezeichnet wird. Sie versteht darunter einen Vermögensinbegriff, der nicht bloss aus Sachen, sondern auch aus Rechten besteht, insbesondere die Erbschaft (*hereditas*), die *dos*, das *peculium*. Sie stellt dafür die beiden Grundsätze auf:

1) *res succedit in locum pretii* oder, allgemeiner gefasst, *surrogatum sapit naturam ejus, cui surrogatur.*

2) den Satz, dass die Herausgabe einer in fremder Hand befindlichen *universitas juris* mit einer dinglichen Universalklage gefordert werden kann. Der Keim zu dem ersteren Satze liegt in dem *S. C. Iuventianum Hadrians*; dieses bestimmte, dass der Besitzer einer fremden Erbschaft die Bereicherung aus derselben herauszugeben habe; hat er also Sachen verkauft, so soll er den Preis herausgeben, und umgekehrt, hat er aus erbschaftlichem Gelde Sachen angeschafft, soll er diese Sachen herausgeben.[2]) Richtiger Ansicht nach bezog sich diese Regel aber nur auf die *hereditatis petitio*, und auch hier war ihr Sinn nicht der, dass der Kläger, wie er das Eigenthum an den Geldstücken hatte, so auch *ipso jure* das Eigenthum an den dafür vom Besitzer angeschafften Sachen haben solle, sondern lediglich, dass letzterer, wenn er nicht das Geld herausgeben will bezw. kann, verpflichtet sein soll, die Sachen herauszugeben. Dagegen hatte die Zulassung einer dinglichen Universalklage denselben allgemeinen Zweckmässigkeitsgrund für sich, wie bei der *universitas facti*, und würde nach gemeinem

[1]) Vgl. darüber Dr. Eugen Fuchs, das Wesen der Dinglichkeit, Berlin 1889. Wir werden darauf in der Einleitung zum Sachenrecht zurückkommen.

[2]) *l.* 22 *D. de hered. pet.* 5, 3 *l.* 20 § 10 *ibid.*

Rechte auch bei anderen Vermögensinbegriffen, z. B. einem Handelsvermögen, Seevermögen, einer Immobilienmasse, ebenso wie bei einem Waarenlager, einer Heerde begründet erscheinen.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat auch diesen Begriff in seiner Allgemeinheit nicht aufgenommen. Doch hat es einen besonderen, von der Singularklage zu unterscheidenden Anspruch auf Ausfolgung der Erbschaft als Inbegriff zugelassen (§§ 1922, 2018), die Regel: *res succedit in locum pretii* ist dabei ersetzt durch § 2021: Soweit der Erbschaftsbesitzer zur Herausgabe ausser Stande ist, bestimmt sich seine Verpflichtung nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung.

§ 2.

Unbewegliche und bewegliche Sachen.

Die Beweglichkeit oder Unbeweglichkeit einer Sache ist ein durch die Natur gegebener Unterschied, der nicht ohne Einfluss auf das Recht bleiben kann. Von Natur unbeweglich sind nur die Grundstücke und was mit ihnen (juristisch) unauflöslich zusammenhängt, alle übrigen sind beweglich. Dieser natürliche Unterschied hat übrigens im römischen Recht bei Weitem nicht die durchgreifende Bedeutung, wie im deutschen gehabt. „Wenn sich gleich einzelnes findet, wie z. B. die Verschiedenheit der Usucapion (1 und 2 Jahr, später 3 und 10), so verschwindet dies doch gegenüber der sonstigen Einflusslosigkeit jenes Unterschiedes. Der Besitz, das Eigenthum, Pfandrecht, Erbrecht, die *obligatio* sind gegen denselben im wesentlichen völlig indifferent, sowohl hinsichtlich der Formen, durch die sie begründet und geltend gemacht werden, als hinsichtlich ihrer materiellen Wirksamkeit. Um dies zu würdigen, erinnere man sich der höchst einflussreichen Rolle, die das Grundeigenthum im älteren deutschen Recht spielt, und die soweit geht, dass man von einem verschiedenen Sachenrecht an Immobilien wie Mobilien sprechen kann. — Es bewährt sich an diesem Beispiel wieder so recht das Wesen der römischen Abstraction. Durch die natürlichen Unterschiede der Sachen hindurch dringt sie zu dem Begriff der Sache

vor und operirt mit ihm, indem sie den Einfluss des natürlichen Moments völlig zurückweist; es accommodirt sich nicht der Begriff (des Eigenthums, Erbrechts, u. s. w.) der Sache, sondern die Sache den Begriff. Eine Zersplitterung des Grundbegriffes, wie im germanischen Recht, wo die Begriffe sich willig auflösten und spalteten, um an die natürlichen Unterschiede der Personen und Sachen als die eigentlichen Kerne des rechtlichen Krystallisationsprocesses sich anzuschliessen, eine solche Zersplitterung widerstrebte der Natur des römischen Rechts.“ [1])

Das Bürgerliche Gesetzbuch ist mit Recht nicht der römischen, sondern im wesentlichen der deutschrechtlichen Würdigung des Unterschiedes gefolgt, der besonders in sachenrechtlicher Hinsicht, in Ansehung des Eigenthumserwerbs, der dinglichen Rechte (Hypothek, Grundschuld) u. s. w. eine vielfach andere Regelung bei unbeweglichem Gut, als bei beweglichem bedingt.

Als natürlich gegeben scheint der Gegensatz keiner Erläuterung und näheren Begriffsbestimmung zu dürfen.

Doch ist dies nur richtig, wenn man den engeren Sachbegriff, „körperliche Sachen“ voraussetzt. Sobald man an Sachen im weiteren Sinne, also auch an Rechte denkt, erhebt sich die Frage, ob diese bezw. welche Rechte zu dem beweglichen oder unbeweglichen Vermögen gezählt werden sollen. An sich existiren zwar die Rechte überhaupt nicht im Raume, sind also weder beweglich noch unbeweglich. Dennoch kann der Jurist die seit alters her im Verkehr übliche Eintheilung des Vermögens überhaupt in unbewegliches und bewegliches nicht einfach als unlogisch zurückweisen, es gilt vielmehr, falls beispielsweise in einer letztwilligen Verfügung, einem Vertrage oder auch in einem Gesetze das Vermögen allgemein nach diesen beiden Kategorieen eingetheilt ist, hinsichtlich der Rechte eine entsprechende Eintheilung vorzunehmen, die natürlich rein positiver Natur ist. Die gemeinrechtliche Praxis zählte zu den unbeweglichen Sachen alle Rechte, die eine unbewegliche Sache zum Gegenstand haben, sei es z. B.

[1]) v. Ihering, Geist des röm. Rechts II § 29 S. 107, 108.

Eigenthum, oder auch *jus in re*, z. B. Superficies, Emphyteusis, Servituten; ferner alle Rechte, die subjectiv mit dem Besitz einer unbeweglichen Sache verbunden sind (Realgerechtigkeiten, Servitut vom Standpunkte des *praedium dominans*), [1]) so dass das Recht nur als Accessorium, gewissermaassen wirthschaftlich rechtliche Eigenschaft des Grundstücks galt. Dagegen zählte man andrerseits Rechte an unbeweglichen Sachen, die nur als Accessorium einer Forderung in Betracht kamen, wie z. B. die nur zur Sicherung einer Forderung bestellte Hypothek zu den beweglichen Dingen, wie alle anderen Rechte überhaupt.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat sich einer allgemeingültigen Unterscheidung zwischen beweglichen und unbeweglichen Rechten enthalten. Doch gelten nach § 96 Rechte, die mit dem Eigenthum an einem Grundstücke verbunden sind, also Grunddienstbarkeiten, Reallasten, als Bestandtheile eines Grundstücks, also damit als unbeweglich. Ferner bestimmt § 1551:

„Eingebrachtes Gut ist das unbewegliche Vermögen. Zum unbeweglichen Gut im Sinne dieser Vorschrift gehören Grundstücke nebst Zubehör, Rechte an Grundstücken, mit Ausnahme der Hypotheken, Grundschulden und Rentenschulden, sowie Forderungen, die auf Uebertragung des Eigenthumes an Grundstücken oder auf die Begründung oder Uebertragung einer der bezeichneten Rechte oder auf die Befreiung eines Grundstücks von einem solchen Rechte gerichtet sind.“

Man wird diese Definition für Parteiverträge, testamentarische Verfügungen oder andere Gesetze mit Vorsicht, nämlich dann entsprechend anwenden können, wenn nicht aus dem konkreten Sachverhalt sich ein anderer sei es vertragsmässiger, testamentarischer oder gesetzlicher Sinn der Unterscheidung ergiebt.

[1]) Die Römer rechneten zu den unbeweglichen Sachen auch das Colonatsrecht, ferner die sog. *annonae* zu Gunsten neu gebauter Häuser. *l.* 6 § 1 *Cod.* 5, 9 *l.* 12 *Cod. de hered. inst.* 6, 24 *l.* 31 § 2 *Cod. de jure dotium* 5, 12.

Hypotheken und Grundschulden rechnet man, obwohl sie im heutigen Rechte nicht mehr in dem Sinne rein accessorisch sind, wie im römischen, zum beweglichen Gut, weil sie wie Inhaberpapiere, Aktien u. s. w. leicht übertragbar, bezw. leicht in Geld umzusetzen sind und insofern wirthschaftlich nicht zum fixen, sondern zum mobilen Kapital zählen.

Zu erwähnen ist noch, dass einzelne von Natur zweifellos bewegliche Sachen in gewissen rechtlichen Beziehungen wie unbewegliche behandelt werden; so wurde schon im römischen Recht das zunächst nur auf unbewegliche Sachen gemünzte *decretum de non alienando* beim Mündelgut ausgedehnt auf besonders kostbare Mobilien. [1])

Im heutigen Recht kommt eine Gleichstellung beweglicher Sachen mit Grundstücken nur hinsichtlich grösserer Schiffe in gewissen Beziehungen in Betracht. Dieselben werden nach einigen Partikularrechten [2]) insbesondere hinsichtlich der Zwangsvollstreckung zum unbeweglichen Vermögen gerechnet. Dies ist nunmehr auch reichsgesetzlich durch das Ges. vom 24. März 1897 über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung geschehen, — jedoch nicht ohne besondere Modificationen. [3])

Das Bürgerliche Gesetzbuch ermöglicht ferner im Gegensatz zum sonstigen Mobiliarrecht, das nur ein Faustpfandrecht kennt, eine Schiffsverpfändung ohne Besitzübergabe an allen Schiffen, die in das Schiffsregister eingetragen sind. Welche Schiffe in das Schiffsregister eingetragen sind, ergeben die Reichsgesetze: 1) betr. Registrirung und die Bezeichnung der Kauffahrteischiffe vom 28. Juni 1873; daneben Vorschriften über die Registrirung und die Bezeichnung der Kauffahrteischiffe vom 13. November 1873. 2) Das Reichsgesetz betr. die privatrechtlichen Vorschriften der Binnenschifffahrt vom 15. Juni 1895.

[1]) *l.* 22 *Cod.* 5, 37.

[2]) Preuss. Ges. betr. die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen vom 13. Juli 1883. Hamburger Subhastationsordnung vom 14. Juli 1879.

[3]) §§ 162—171 des cit. Reichsges. v. 24. März 1897.

In allen übrigen Beziehungen gelten auch die grössten Schiffe als bewegliche Sachen.

§ 3.

Bestandtheile (rechtliche Theilbarkeit), Zubehör, Früchte, Nutzungen und Lasten einer Sache.

1. Bestandtheile: Die Frage, inwieweit Bestandtheile einer Sache einem anderen dinglichen Rechtsverhältnisse unterworfen sein können, als die Einzelsache als Ganzes, ist eigentlich schon im § 1 dieses Abschnittes beantwortet. Sie fällt zusammen mit der Frage nach der juristischen Theilbarkeit oder Untheilbarkeit einer Sache. Logisch und, wenn man die rein naturwissenschaftliche Frage der Atomistik ausser Acht lässt, auch physisch ist jede Sache bis ins Unendliche theilbar. Für das Recht aber ist der Zweckmässigkeitsgedanke allein bestimmend und dieser führt dahin, wohl eine Theilbarkeit des Rechtes, eine sog. ideelle Theilbarkeit in dem Sinne zuzulassen, dass z. B. unbestimmt viele Miteigenthümer, jeder einzelne zu beliebig klein gedachten Quoten an einer Sache oder wirthschaftlich gedacht an dem Werthe derselben Theil haben, verbietet aber entschieden, eine solche Theilung reell festzusetzen der Art, dass der Eine an diesem räumlich oder qualitativ fixirten, der Andere an jenem Bestandtheil ein dingliches Sonderrecht erhalte. So lange die Sache als Einzelsache wirthschaftlich benutzt werden soll, ist eine solche Realtheilung dinglicher Rechte nicht durchführbar. Denn jedes dingliche Recht bezweckt eine unmittelbare Verfügungsmacht über die Sache, es ist daher undenkbar, dass z. B. A. Eigenthümer des Vordertheils eines Pferdes, B. Eigenthümer des Hintertheils sei, während A. und B. sehr wohl Miteigenthümer des Pferdes im Ganzen sein können, so dass sie gemeinschaftlich über dieses nach Maassgabe der über solche Gemeinschaftsverhältnisse gegebenen später näher zu erörternden Normen verfügen können.

Das römische Recht hat diese Untheilbarkeit der Sachen sowohl für bewegliche wie unbewegliche Sachen sehr streng durchgeführt, wie aus einzelnen Pandektenstellen hervorgeht

Hierher gehört in erster Linie der Grundsatz: *superficies solo cedit.* Alles was dauernd mit dem Boden sei es durch natürlichen Zusammenhang (als Pflanze, Strauch, Baum) oder künstlichen (als Gebäude, *inaedificatio*) verbunden ist, gilt als integrirender Theil des Grundstücks so, dass ein Sonderrecht an ihm nicht denkbar ist. Der Grundstückseigenthümer ist kraft seines Grundstückseigenthums allein an diesen integrirenden Bestandtheilen berechtigt und zwar so, dass man ihm nicht etwa noch neben dem Eigenthum am Grund und Boden ein besonderes Eigenthum an allem, was darauf wächst oder gebaut ist, zuschreibt. Vielmehr kommen diese Theile juristisch gar nicht in Frage, er ist eben Eigenthümer eines so beschaffenen, bewachsenen oder bebauten Grundstücks und kann daher auch nicht unter Vorbehalt seines Grundstücks das Eigenthum bzw. sonstige dingliche Rechte an dem darauf erbauten Gebäude, dem darauf wachsenden Baume auf einen Anderen übertragen, es sei denn, dass er zuvor eine reelle Trennung dieser Bestandtheile vom Grund und Boden vollzieht, dass Gebäude abbricht oder den Baum abhaut. Nur eine solche Realtheilung, die durch vertikale Grenzen den Grund und Boden mit einbezieht, ist bei Gebäuden zulässig, keine horizontale, kein selbständiges Stockwerkseigenthum. Dass diese starre Consequenz des Gedankens der juristischen Untheilbarkeit nicht durch die Natur der Sache gefordert wird, beweisen andere Rechtsbildungen wie z. B. des Preuss. A.L.R. I 9 § 98, I 22 § 200.[1]) Das römische Recht dagegen führt den Gedanken so scharf durch, dass bewegliche Sachen, die zuerst als selbständige Einzelsachen bestanden haben, sobald sie durch mechanische Verbindung Bestandtheile einer anderen werden, die vermöge ihrer grösseren wirthschaftlichen Bedeutung ihnen gegenüber als Hauptsache erscheinen, für die Dauer des Zusammenhanges aus der Rechtswelt verschwinden, für den Juristen sozusagen in die vierte Dimension übergehen; die an ihnen begründeten dinglichen Rechte werden dadurch, dass ihnen ihr Object entzogen wird, zwar nicht definitiv aufgehoben, — denn sobald die Neben-

[1]) Vgl. Biermann in Iherings Jahrb. XXXIV S. 169ff.

sache von der Hauptsache wieder getrennt wird, „leben diese Rechte wieder auf“ —[1]), wohl aber passiv gebunden. Es gehören hierher die im Sachenrecht näher zu behandelnden Folgen der sog. Accession, insbesondere auch die *actio de tigno juncto.*

Es gilt dies auch von der Verbindung beweglicher Sachen mit beweglichen, sofern eben diese Verbindung eine ohne Verletzung der Integrität der einen oder anderen Sache nicht lösbare ist. Am klarsten tritt diese Auffassung in den unten [2]) citirten Stellen zu Tage.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat sich nun hinsichtlich der Bestandtheile bezw. der rechtlichen Theilbarkeit im Prinzip durchaus dem römischen Recht angeschlossen, aber mit einer beachtenswerthen Modification: es unterscheidet wesentliche und unwesentliche Bestandtheile. (§ 93.) Nur die ersteren, die es als solche definirt, die nicht von der Sache getrennt werden können, ohne dass der eine oder der andere (Bestandtheil) zerstört oder in seinem Wesen verändert wird, können nicht Gegenstand besonderer (dinglicher) Rechte, sein. Als wesentliche Bestandtheile eines Grundstücks hebt der § 94 dann noch hervor die mit dem Grund und Boden festverbundenen Sachen, insbesondere Gebäude, sowie die Erzeugnisse des Grundstücks, solange sie mit dem Boden zusammenhängen.

[1]) Vgl. I S. 73. Wir haben hier das Gegentheil der passiven Gebundenheit bei fehlendem Subjekt.

[2]) *L.* 30 § 1 *D.* 41, 3. *Labeo ait, si is cui ad tegularum vel columnarum usucapionem decem dies superessent, in aedificium eas conjecisset, nihilomagis eum usucapturum, si aedificium possedisset. Quid ergo in his, quae non quidem implicantur rebus soli, sed mobilia permanent, ut in annulo gemma? In quo verum est, et annulum et gemmam possideri et usucapi, quum utrumque maneat integrum.* (Ich habe hier der Conjectur v. Iherings folgend, das *nihilominus* des Textes in *nihilomagis* abgeändert. Nur so kommt die Stelle in Einklang mit der übrigens in ihrem weiteren hier nicht abgedruckten Verlauf auch stark verdorbenen *l.* 23 *eod.*) *l.* 23 *pr. eod. Eum, qui aedes mercatus est, non puto aliud quid quam ipsas aedes possidere; nam si singulas res possidere intelligetur, ipsas aedes non possidebit; separatis enim corporibus, ex quibus aedes constant, universitas aedium intelligi non potest.*

Samen wird mit dem Aussäen, eine Pflanze mit dem Einpflanzen wesentlicher Bestandtheil des Grundstücks. Es kommt danach bei Pflanzen, Bäumen nicht darauf an, ob die Pflanze, der Baum Wurzel gefasst hat oder nicht, wie dies in unpraktischer Weise der I. Entwurf bestimmen wollte; man würde die Unterscheidung im einzelnen Falle nicht ohne schwierige, das Gedeihen der Pflanze in Frage stellende Untersuchung festsellen können.

Da hiernach der Begriff der unwesentlichen Bestandtheile, an denen nunmehr dingliche Sonderrechte möglich sein sollen, nur negativ zu bestimmen ist: als Alles, was nicht unter die vorstehenden Begriffskreise fällt, so wird bei der Relativität der Begriffe „wesentlich" und „unwesentlich" ohne Zweifel die praktische Kasuistik keine leichte Aufgabe haben; derselben theoretisch durch ausgedachte Fälle vorzugreifen, hat wenig Sinn und Werth. Der gesunde concret wirthschaftlich-juristische Takt des Richters wird sich im einzelnen Fall mit der Unterscheidung abfinden müssen.

2) Zubehör: Mit den wesentlichen oder unwesenlichen Bestandtheilen einer Sache bezw. ihren Accessionen sind nicht zu verwechseln das Zubehör oder die Pertinenz. Man versteht unter der Zubehör- oder Pertinenzqualität ein rein wirthschaftliches Bestimmungsverhältniss oder vielmehr Dienstverhältniss einer Sache für eine andere, die Zubehörsache dient dazu, den Gebrauch der Hauptsache sei es überhaupt zu ermöglichen oder zu vervollkommen; so sind Ruder, Segel, Anker Zubehörstücke eines Schiffes, Schlüssel Zubehör eines verschliessbaren Meubles oder einer Thür bezw., da letztere nur als wesentlicher Bestandtheil eines Gebäudes gilt, eines Grundstücks. Dies wirthschaftliche Bestimmungsverhältniss muss aber im Einzelfalle bereits verwirklicht sein. Es kann im übrigen sowohl zwischen beweglichen Sachen als auch zwischen einer beweglichen und unbeweglichen als auch endlich zwischen zwei unbeweglichen Sachen bestehen; ein Grundstück kann lediglich dazu bestimmt sein, den besonderen wirthschaftlichen Gebrauch eines anderen Grundstücks zu ermöglichen oder zu vervollkommen, eine Wiese kann Zubehörstück eines Gutes sein, ein Garten (Hausgarten) Zubehör eines

Hauses.[1]) Das juristische Interesse an diesen wirthschaftlichen Bestimmungsverhältnissen zwischen verschiedenen Sachen läuft lediglich auf eine Auslegungsfrage hinaus, nämlich darauf, dass, wenn eine Sache ohne genauere Abgrenzung veräussert, letztwillig vermacht oder belastet wird, im Zweifel die Parteiverfügung die Zubehörstücke mit einschliesst.[2]) Wer ein Boot gekauft hat, kann, wenn die Ruder nicht ausdrücklich vom Kaufe ausgenommen sind, auch letztere mit geliefert verlangen. Aus den gebotenen Beispielen ergiebt sich schon, dass die äussere Verbindung für die Zubehöreigenschaft nicht entscheidend ist, das Ruder kann ebenso wie der Schlüssel an einem besonderen Orte aufbewahrt werden, die Wiese, die ein Zubehörstück der Güter bildet, kann von dem übrigen Grundstücksbezirke entfernt liegen.

Maassgebend für den Umfang des Zubehörbegriffes ist lediglich die Auffassung des Verkehrs. Diese war für das Pandektenrecht eine beschränktere, als nach heutigen Verkehrsbegriffen, insbesondere galt das Gutsinventar eines Landgrundstücks (*instrumentum fundi*) nicht als Pertinenz.

Der Zubehörbegriff des Bürgerlichen Gesetzbuchs entspricht im Wesentlichen dem römisch-rechtlichen, ist jedoch den heutigen Verkehrsbegriffen entsprechend ein weiterer bei Grundstücken, die einem gewerblichen oder landwirthschaftlichen Betriebe dienen, ein engerer dagegen, insofern als er ein Zubehörverhältniss von unbeweglichen Sachen zu unbeweglichen nicht kennt. Zunächst nämlich definirt § 97 allgemein Zubehör als bewegliche Sachen, die ohne Bestandtheile der Hauptsache zu sein, dem wirthschaftlichen Zwecke der Haupt-

[1]) Eine rechtliche Pertinenzqualität in diesem Sinne bietet auch die Prädialservitut. Dieselbe bleibt aber hier, als besonderes Rechtsinstitut ausser Betracht. Die Zubehöreigenschaft im allgemeinen ist ein bloss faktisches Bestimmungsverhältniss.

[2]) Es ergiebt sich daraus, dass nach Verschiedenheit des Verhältnisses der Begriff ein weiterer und engerer sein kann; beispielsweise kann beim Legat einer Geige der Meinung des Testators entsprechend der *Legatar* in der Regel den zu ihrer Aufbewahrung dienenden Kasten verlangen, während beim Verkauf einer Geige die Mitlieferung des Kastens nicht unbedingt zu beanspruchen ist, cf. *l.* 3 § 2 *D.* 33, 6 (*mentem testatoris*), *l.* 15 § 6 *D. de usufr.* 7, 1.

sache zu dienen bestimmt sind und zu ihr in einem dieser Bestimmung entsprechenden räumlichen Verhältnisse stehen. Eine Sache ist nicht Zubehör, wenn sie im Verkehr nicht als Zubehör angesehen wird. Darnach werden auch nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches in den verschiedenen Theilen Deutschlands verschiedene Auslegungen des Zubehörbegriffes Platz greifen, beispielsweise Oefen (transportable) in Rheinland und Westphalen nicht als Zubehör eines Hauses gelten, während in Mitteldeutschland durchweg die entgegengesetzte Verkehrsauffassung herrscht. Die vorübergehende Benutzung einer Sache für den wirthschaftlichen Zweck einer anderen begründet die Zubehöreigenschaft nicht, z. B. eine nur zu gelegentlicher Decoration verwendete Flagge ist nicht Zubehör; andrerseits hebt aber auch die vorübergehende Trennung eines Zubehörstücks, z. B. Fortschaffung eines solchen zur Reparatur, die Zubehöreigenschaft nicht auf. Nach § 98 gelten bei einem Gebäude, das für einen gewerblichen Betrieb dauernd eingerichtet ist, insbesondere bei einer Mühle, einer Schmiede, einem Brauhaus, einer Fabrik, die zum Betriebe bestimmten Maschinen und sonstigen Geräthschaften als Zubehör, ferner bei einem Landgute das zum Wirthschaftsbetriebe bestimmte Geräth und Vieh, die landwirthschaftlichen Erzeugnisse, soweit sie zur Fortführung der Wirthschaft bis zu der Zeit erforderlich sind, zu welcher gleiche und ähnliche Erzeugnisse voraussichtlich gewonnen werden, sowie der vorhandene auf dem Gute gewonnene Dünger (*fundus instructus*).

3. Früchte und Lasten: Ebenso, wie der Zubehörbegriff, ist auch der pandektenrechtliche Fruchtbegriff nicht ein objectiver, sei es durch unabänderliche naturwissenschaftliche sei es durch abstract wirthschaftliche Merkmale gegebener, sondern ein persönlich-relativer d. h. dieselben organischen und unorganischen Erzeugnisse, dieselben Erträgnisse können als Frucht oder Nichtfrucht behandelt werden je nach dem Verhältnisse, in welchem sich eine Person zu denselben befindet, es giebt keine objectiven Merkmale, auf Grund deren sich behaupten liesse, dass ein Object als Frucht behandelt werden müsse. Das Verdienst, dies gegenüber der bisher herrschenden unrichtigen Theorie wissenschaftlich nach-

gewiesen zu haben, gebührt dem in vielen Richtungen Epoche machenden Werke von Leo v. Petražycki, Die Lehre vom Einkommen. Berlin 1893.[1]) Auf keinen Fall fällt der juristische Fruchtbegriff mit dem engen naturwissenschaftlichen zusammen, wonach Früchte diejenigen organischen Erzeugnisse einer Sache sind, durch die sie sich fortpflanzt und vermehrt. Der juristische Fruchtbegriff im weitesten Sinne ist gleichbedeutend mit Einkommen d. h. dem regelmässig wiederkehrenden Ertrage eines Capitals vom privatwirthschaftlichen Standpuncte aus, dem zufolge jedes Gut Capital ist, welches als Mittel zur Production oder zum Erwerb für den Privatwirth erscheint. Die bisherige Theorie unterschied zunächst innerhalb des allgemeinen Fruchtbegriffes natürliche oder organische Früchte einerseits und civile oder juristische Früchte im engern Sinne andrerseits.

Unter ersteren verstand man nicht die Früchte im engsten oben gedachten naturwissenschaftlichen Sinne, sondern alle natürlichen Erzeugnisse einer Sache, die sich von derselben ohne Schmälerung ihrer Integrität (*salva substantia*) trennen und ausserdem sich wirthschaftlich verwenden bezw. verwerthen lassen. Beispiele: Wolle der Schafe, Laub, Gras, Kornfrüchte, Holz u. s. w. Man unterschied dabei noch *fructus mere naturales* d. h. solche, die zu ihrer Entstehung keinerlei menschliche Arbeit voraussetzen, und *industriales*, d. h. solche, deren Gewinnung durch menschliche Thätigkeit bedingt ist. Dagegen verstand man unter *fructus civiles* d. h. juristischen oder civilen Früchten im engern Sinne jedes regelmässig wiederkehrende Einkommen von einer Sache, das durch den Abschluss von Rechtsgeschäften vermittelt wird, z. B. Miethzinsen, Pachtgelder u. s. w. Wissenschaftlich ist diese Eintheilung völlig werthlos.[2]) Man unterschied ferner die erstere Gattung (*fructus naturales*) wieder nach ihrem Verhältniss zur Hauptsache *in fructus pendentes* oder *stantes* (ungetrennte) und *separati* (getrennte). Diese Unterscheidung ist allerdings von praktischer Erheblichkeit, sofern erstere als integrirende Theile nicht Gegenstand besonderen Eigenthums oder besonderer dinglichen Rechte sein

[1]) I S. 1—58.

[2]) Petražycki, a. a. O. S. 262 ff.

können, wohl aber letztere. Eine erhebliche Bedeutung für die Lehre vom Fruchterwerb und den Einkommensersatz hat ferner die Unterscheidung der *fructus percepti* und *percipiendi*, die sich auf alle Früchte, auch die sog. civilen erstreckt. Die *fructus percepti* definirt man als die von Irgendwem in Besitz genommenen Früchte; diese Definition ist aber noch zu objectiv, die vom Diebe u. dgl. in Besitz genommenen Früchte sind nicht *fructus percepti* im technischen Sinne, vielmehr bedeutet der Ausdruck die von derjenigen Person, welche von dem betreffenden Capital die Früchte durch Perception, nicht schon durch Separation erwirbt (Niessbraucher, Pächter u. s. w.) in Besitz genommenen Producte, setzt also ein persönliches Verhältniss concreter Natur voraus, und seine Erwähnung im allgemeinen Theil ist nur eine systematisch unzweckmässige Anticipation von Rechtsregeln, die sich erst bei Behandlung dieser besonderen concreten Rechtsverhältnisse, beim Niessbrauch u. s. w. deutlich darstellen lassen. Dasselbe gilt von dem Begriff der *fructus percipiendi*, der gewinnbaren Früchte, d. h. derjenigen, die aus einem Capital erzielt werden können oder hätten erzielt werden können. Wer zum Ersatz der Früchte verpflichtet ist, hat in der Regel auch den gewinnbaren Fruchtertrag zu erstatten. Dem Kläger wird dadurch die Durchführung seiner Ansprüche erleichtert, er braucht nicht nachzuweisen, was der Verklagte wirklich aus dem fruchttragenden Capital gezogen, sondern, was er nach sachverständigem Ermessen hätte ziehen können?[1])

[1]) Petražycki, II S. 72: „Das Institut der *fructus percipiendi* verfolgt den einfachen, aber vom Standpunkte der Volkswirthschaft aus richtigen Zweck, bei dem Fruchtschuldner Motive zu schaffen, für die ordentliche Production zu sorgen, obgleich das erzielte Einkommen einem Anderen herausgegeben werden muss. Wenn er die Production vernachlässigt, leidet sein eigenes Vermögen darunter. Wie richtig das Institut des Ersatzes der *fr. percipiendi* vom Standpunkte der Volkswirthschaftspolitik ist, können wir leicht einsehen, wenn wir annehmen, dass irgend welches Civilrecht dasselbe gestrichen oder nicht aufgenommen hätte, so dass nur die *fr. percepti* in Betracht kämen. Dann würden die Wirthschaften, die sich nicht in den Händen desjenigen befinden, welchem der Gewinn zukommt, schwer leiden und daraus ein chronischer Verlust des Volksreichthums entstehen.“

Dem Begriff der Früchte entspricht als negatives Gegenbild der der Lasten, d. h. nicht der zum Gewinn der Früchte erforderlichen Verwendungen, welche zur Begrenzung des Fruchtbegriffs in *concreto* abzuziehen sind (*l.* 1 *C. de fruct.* 7, 51 *l.* 46 *D. de usur. et fruct.* 22, 1)[1]), sondern der auf dem Besitz einer Sache ruhenden wiederkehrenden Leistungen, z. B. Steuern, Abgaben, Grundzinsen u. s. w.

Der Fruchtbegriff als ein zu liquidirender Inbegriff von abstracten Passiven und Activen gehört zu derselben juristischen Kategorie, wie dos, *peculium*; er ist eine *universitas.*[2])

Das Bürgerliche Gesetzbuch geht bei seinen Bestimmungen über die Früchte im allgemeinen Theil, § 99, freilich nicht von der vorstehenden wissenschaftlich geklärten Auffassung des Pandektenrechts aus, es versucht noch eine objective Definition zu geben und unterscheidet, wie die frühere Theorie, natürliche und bürgerliche Früchte (letztere werden juristische oder Rechtsfrüchte genannt): erstere definirt es als Erzeugnisse der Sache oder die sonstige Ausbeute, welche aus der Sache ihrer Bestimmung gemäss gewonnen wird. Aus den Motiven erhellt, dass man dabei lediglich den wirthschaftlichen Verkehrsbegriff der Erträgnisse im Auge gehabt hat, also auch z. B. Mineralien, Metalle, Bestandtheile der Grundstücke, die sich nach ihrer Entnahme nicht wiedererzeugen, in den Fruchtbegriff einschliesst. Wenn aber die Motive bemerken, dass „die wirthschaftliche Benutzung der Sache als Voraussetzung des Fruchtbegriffes nicht am Platze sei", so dürfte diese Bemerkung als durch den Text des Gesetzes mindestens nicht gedeckt und daher für den Richter nicht als bindend zu erachten sein; mit Cosack nehme ich vielmehr an, dass Frucht nur diejenigen Erträgnisse sind, die sich nach den Regeln einer ordentlichen Wirthschaft als bestimmungsgemäss ergeben, bei einem Waldgrundstück sind also Bäume nur soweit Frucht, als sie nach forstwirthschaftlicher Regel planmässig zur Ab-

[1]) *l.* 1. *Cod. cit.: Hoc fructuum nomine continetur, quod justis sumptibus deductis superest.*

l. 46 *D. cit.: Quod in fructus redigendos impensum est, non ambigitur ipsos fructus deminuere debere.* Vgl. noch *l.* 36 § 5 *D. de H. P.* 5, 3.

[2]) Näheres siehe bei Petražycki, I S. 293 ff.

holzung kommen, nicht dagegen der sog. Windbruch, bei Obstgärten sind die Baumstämme überhaupt nicht Frucht, sondern nur das Obst und das überflüssige Geäst. Beim Niessbrauch (§§ 1036, 1038) und beim ehelichen Nutzungsrecht (§§ 1383 ff.) wenigstens wird wirthschaftliche Benutzung ausdrücklich vorausgesetzt. — Als Früchte eines Rechtes werden die Erträge bezeichnet, welche das Recht seiner Bestimmung gemäss gewährt, insbesondere bei einem Rechte auf Gewinnung von Bodenbestandtheilen die gewonnenen Bestandtheile, ferner werden als (juristische, bürgerliche) Früchte genannt die Erträge, welche eine Sache oder ein Recht vermöge eines Rechtsverhältnisses gewährt. Neben diesen nicht eben durch wissenschaftliche Klarheit ausgezeichneten Fruchtbegriff stellt das Bürgerliche Gesetzbuch den allgemeineren der Nutzungen, der die Früchte einer Sache oder eines Rechtes sowie alle Vortheile umfasst, welche der Gebrauch eines Rechtes oder einer Sache gewährt (§ 100). Zur Erläuterung dürfte es angemessen sein, auf den Unterschied des *usus* vom *ususfructus* zu verweisen (*l.* 2—12 *D. de usu* 7, 8).

In § 101 stellt das Bürgerliche Gesetzbuch für die Vertheilung der Früchte in Fällen, wo mehrere Fruchtberechtigte bezüglich derselben Sache auf einander folgen, Grundsätze auf, die sich an das römische Recht anschliessen: Die natürlichen Früchte werden demjenigen zugewiesen, der im Augenblicke der Trennung das Recht zum Fruchtgenuss an der Sache erlangt hat. Nicht also, wer sät, bekommt die Ernte, sondern wer mäht; doch kann nach § 102 der Säer, wie jeder, der zur Herausgabe von Früchten verpflichtet ist, Ersatz der auf die Gewinnung der Früchte verwendeten Kosten insoweit verlangen, als sie einer ordnungsmässigen Wirthschaft entsprechen und den Werth der Früchte nicht übersteigen. Wir können in diesem § 102 einen unbewussten Durchbruch des wissenschaftlichen Fruchtbegriffs trotz der in § 99 gegebenen unzulänglichen Legaldefinition erblicken und müssen daher besonderen Werth darauf legen, den § 102 zur Bestimmung des an die gesetzliche Definition nicht gebundenen wissenschaftlichen Fruchtbegriffes heranzuziehen. Für Rechtsfrüchte wird in dem B.G.B. (§ 101, 2) ein Unterschied zwischen regelmässig

wiederkehrenden und unregelmässigen Erträgen aufgestellt; erstere, z. B. Mieths- und Pachtzinsen werden unter die auf einander folgenden Berechtigten vertheilt nach dem Verhältnisse der Zeit, während der ein Jeder berechtigt war, letztere, also z. B. ein durch den Wechsel eines Erbpachtverhältnisses oder Colonatverhältnisses fällig gewordenes Laudemium, gehören dem, der zur Zeit ihrer Fälligkeit fruchtberechtigt ist. Dieselbe Vertheilungsregel soll auch hinsichtlich der Lasten gelten. Für regelmässig wiederkehrende Lasten und Abgaben soll beim Wechsel der Verpflichteten eine Vertheilung derselben *pro rata temporis* eintreten, während für einmalige oder in unbestimmten Zeiten wiederkehrende (beispielsweise Einquartierungslast) lediglich der Zeitpunkt der Fälligkeit entscheidend ist.

§ 4.

Gegensatz der individuell und generisch bestimmten Sachen. Fungible (vertretbare) und verbrauchbare Sachen.

In noch höherem Grade als bei dem Zubehör und beim Fruchtbegriff trifft die subjectiv-relative Bedeutung sogenannter juristischer Eigenschaften [1]) der Sachen hervor in der Lehre von den sog. generisch bestimmten Sachen und den individuell bestimmten. Der Jurist redet von generischen oder Gattungssachen, als ob er damit eine objective Eigenschaft solcher Sachen bezeichnen wollte; in Wahrheit aber handelt es sich dabei nur um die weitgehende Abstraction eines durch den Parteiwillen gegebenen Verhältnisses, genauer um eine Auslegungsregel. Die Parteien haben bei den meisten Rechtsgeschäften, z. B. beim Kauf die Wahl, ob sie den Gegenstand des Rechtsgeschäftes individuell oder bloss der Gattung nach bestimmen wollen. Im ersteren Fall spricht der Jurist von einem specifisch, in letzterem von einem generisch bestimmten Object (Species-Kauf, Genus-Kauf). Die Römer gebrauchten in ersterem Falle meistens den Ausdruck: *vice corporis habetur. L.* 3 *D. de leg.* 1 (30) *l.* 78 § 4 *D. de J. D.* 23, 1, doch kommt auch bei ihnen schon des Ausdruck *species* vor; im letzteren Fall sprechen sie von *genus, genera l.* 54 *pr. D. de v. o.* 45, 1.

[1]) Vgl. n. 2 zu § 5 S. 288.

l. 30 § 6 *D. de legat. I.* (30). Für das Sachenrecht hat dieser Gegensatz keine Bedeutung, an einer bloss generisch bestimmten Sache ist weder Besitz noch Eigenthum möglich;[1]) der Sitz des Unterschiedes ist das Obligationenrecht, das Darlehen z. B. begründet eine Verpflichtung zur Rückgabe von Sachen, diese sind aber generisch bestimmt, während der Gegenstand des Commodats (Leihe) specifisch bestimmt ist. Bei gewissen Verträgen, die regelmässig eine *species* voraussetzen, kann irregulärer Weise auch eine generische Bestimmung eintreten, z. B. beim *depositum* (Hinterlegung), beim Miethvertrag, beim *ususfructus*, bei der *dos*, beim *pignus*. Ist eine Sache specifisch bestimmt, so steht dem Schuldner hinsichtlich des Gegenstandes seiner Leistung keine Wahl zu; bei der generischen Verpflichtung kann er wählen. Ferner trifft in allen Fällen, wo der Gegenstand generisch bestimmt ist, den Schuldner die Gefahr; denn *genus perire non potest.* Endlich gestattet die generische Bestimmung eines Gegenstandes Rechnung und Aufrechnung, nicht aber die specifische. Hat z. B. A. von B. eine bestimmte versiegelte Geldrolle mit 100 ℳ. zu fordern, B. von A. eine solche mit 60 ℳ., so kann B. nicht compensiren (aufrechnen). Aufrechnung ist juristische Subtraction. Bei generisch bestimmten Sachen ist aber auch die juristische Division zulässig. Hierauf beruht der Satz des Erbrechts: *nomina sunt ipso jure divisa.* Hatte der Erblasser von dem Schuldner A. eine generisch bestimmte Quantität zu fordern, so kann jeder von mehreren Erben ihn unmittelbar auf seine Quote belangen. Bei specifisch bestimmten Gegenständen ist dies nicht möglich, vielmehr erhält in diesem Falle jeder der mehreren Erben nur einen ideellen Antheil an jeder einzelnen der specifisch bestimmten Sachen, sind z. B. 3 individuell bestimmte Pferde an drei Legatare gemeinsam vermacht, so hat eben jeder Legatar nicht ein Pferd, sondern ein drittel Antheil an jedem der drei Pferde zu beanspruchen.[2])

Mit diesem Gegensatze fällt theilweise zusammen der

[1]) Nach römischem Recht allerdings vermöge der Generalhypothek ein Pfandrecht.

[2]) *L.* 54 *pr. D. de v. o.* 45. 1 *l.* 19 § 2 *D. de c. d.* 12, 6. *l.* 29 *D. de s.* 46, 3. *l.* 13 § 2 *D. de reb. cred.* 12, 1.

zwischen fungiblen und nicht fungiblen (vertretbaren und nicht vertretbaren) Sachen. Fungible Sachen sind solche, die im Verkehr der Regel nach nur als Gattung (generisch) bestimmt werden, weil bei ihnen die Bedeutung des Individuums (*species*) gegen die der Quantität zurücktritt.[1]) Der Name fungibel (vertretbar) ist auf *L.* 2 § 1 S. *de reb. cred.* zurückzuführen.[2]) Irrthümlich würde es also sein, wenn man eine in der Regel fungible Sache in allen Rechtsverhältnissen als solche behandeln wollten; die Parteien können vielmehr sehr wohl auch eine in der Regel fungible z. B. ein Goldstück gegebenen Falls als *species* behandeln.[3]) Durchaus verschieden von der Vertretbarkeit der Sachen ist ihre Verbrauchbarkeit. Auch diese ist eine rein juristische Eigenschaft, keine natürliche. Denn verbrauchbare Sachen sind solche, deren wirthschaftliche Bestimmung in ihren Verbrauch aufgeht, und unter Verbrauch ist hier zu verstehen der Verbrauch vom privatwirthschaftlichen Standpunkt aus, also auch das blosse Ausgeben der Sache. Daher sind verbrauchbare Sachen oder Consumtibilien im technischen Sinne nicht nur Nahrungsmittel und Genussmittel, Brennmaterial, Beleuchtungsmaterial, sondern auch Geld, obwohl doch letzteres im natürlichen Sinne nicht verbraucht wird, vielmehr (wenigstens Metallgeld) zu dem dauerhaftesten Theile des Volkskapitals gehört. Hieraus ergiebt sich, dass der Begriff der Verbrauchbarkeit im technischen Sinne nicht mit dem der Abnutzbarkeit zu verwechseln ist. Gewisse Gegenstände können in hohem Grade abnutzbar sein (z. B. Kleider), sind aber dennoch keine verbrauchbaren Sachen im juristischen Sinne, weil sie ihre wirthschaftliche Bestimmung durch die Nutzung, nicht durch das Aufbrauchen erfüllen.

[1]) *Res. quae pondere, numero, mensura consistunt.*

[2]) *quia (magis) in genere suo functionem recipiunt per solutionem quam specie.*

[3]) *L.* 22 § 7 *D. mandat.* 17, 1: *Si tibi centum dedero, ut ea Titio dares, tuque non dederis, sed consumpseris, et mandati et furti teneri te Proculus ait: etsi ita dederim, ut quae velles dares, mandati tantummodo.* Es hängt von dieser Bestimmung also unter Umständen die Frage strafrechtlicher oder bloss civilrechtlicher Haftbarkeit ab.

Das Bürgerliche Gesetzbuch definirt den Begriff der vertretbaren Sachen im Wesentlichen dem Pandektenrecht entsprechend in § 91:

> Vertretbare Sachen im Sinne des Gesetzes sind bewegliche Sachen, die im Verkehre nach Zahl, Maass oder Gewicht bestimmt zu werden pflegen.

Unseres Erachtens hat durch diese Definition nicht ausgeschlossen werden sollen, dass im einzelnen Falle die Parteien eine solche Sache auch als unvertretbar behandeln, beispielsweise beim Kauf oder Legat eines bestimmten Fasses Wein. Der Begriff der Vertretbarkeit coincidirt eben theilweise mit dem der generisch bestimmten Sachen; vertretbar sind die Sachen, die der Verkehr generisch zu bestimmen pflegt, was selbstverständlich nicht ausschliesst, dass abweichend davon die Parteien etwas anderes vereinbaren, wie sie auch solche Sachen, die im Verkehr nicht generisch bestimmt zu werden pflegen, z. B. Grundstücke im einzelnen Fall generisch behandeln können, z. B. eine gewisse Anzahl von Hektaren Landes ohne individuelle Bezeichnung oder eine Anzahl Pferde, die in der Regel im Verkehr auch nur als individuelle Gegenstände auftreten, nach rein qualitativer Bestimmung, wenn auch unter Begrenzung der Gattung nach Rasse, Alter u. s. w. kaufen oder vermachen. Es darf eben nicht ausser Acht gelassen werden, dass diesen Begriffsbestimmungen eine nur subsidär auslegende Bedeutung zukommt.

Ebenso entspricht die Definition, die das Bürgerliche Gesetzbuch in § 92 von den verbrauchbaren Sachen giebt, durchaus der oben gegebenen: Verbrauchbare Sachen im Sinne des Gesetzes sind bewegliche Sachen, deren bestimmungsmässiger Gebrauch in dem Verbrauch oder der Veräusserung besteht. — Als solche gelten (daher) auch bewegliche Sachen, die zu einem Waarenlager oder zu einem sonstigen Sachinbegriffe gehören, dessen bestimmungsmässiger Gebrauch in der Veräusserung der einzelnen Sachen besteht, beispielsweise gelten Bücher als verbrauchbar, sofern sie sich im Buchhändlerladen, dagegen als unverbrauchbar, sofern sie sich in einer Bibliothek befinden.

Praktische Bedeutung hat der Begriff der verbrauchbaren

Sachen u. A. im Familenrecht, sofern der Ehemann bezw. Gewalthaber die seiner Ehefrau bezw. den in der elterlichen Gewalt befindlichen Kindern gehörigen, seiner Verwaltung unterworfenen verbrauchbaren Sachen veräussern oder auch für sich selbst verbrauchen darf. (§§ 1376, 1377, 1653.)

§ 5.

Geld und Werthpapiere.[1])

I. Unter den vertretbaren und verbrauchbaren Sachen beansprucht das Geld als allgemeines Tauschmittel und allgemeiner Werthmesser besondere Beachtung und giebt zu einer Reihe besonderer Rechtsfragen Anlass, die am besten im allgemeinen Theile zusammengefasst werden. Eine gesicherte Grundlage für die rechtliche Behandlung des Geldes kann der Jurist nur erhalten, wenn er sich den ökonomischen Zweck [2])

[1]) Vgl. Koch, Geld und Werthpapiere (Beitr. z. Erl. u. Beurtheil. der Entw. v. Bekker u. Fischer 2889). Kuhlenbeck, der Check, Leipzig 1896. Hartmann, über den rechtlichen Begriff des Geldes. 1868. Nasse, das Gold- u. Münzwesen in Schönbergs Handbuch der polit. Oekonomie I 7 S. 336ff.

[2]) Vgl. v. Ihering, Zweck im Recht I S. 69: „Indem wir von einer Bestimmung der Sache sprechen, haben wir einen Begriff, der unserer eigenen Lehre zufolge auf die Person beschränkt ist, den Zweckbegrift auf das rein Sachliche übertragen. Wie reimt sich das? Die Antwort liegt auf der Hand. Jene Bezeichnung sagt aus, dass die Person in der Sache ein taugliches Mittel für ihre Zwecke erkennt: sie legt damit das, was sie selber mit der Sache will, in sie hinein als deren Bestimmung, als ihren (objectiven, dem subjectiven substituirten) Zweck. Der ökonomische Zweck der Dinge ist nichts als die vom Standpunkt des subjectiven ökonomischen Zweckbewusstseins ihnen zuerkannte, sei es von vornherein vorhandene oder erst durch menschliche Arbeit ihnen verliehene Tauglichkeit für menschliche Zwecke. Nützlichkeit, Brauchbarkeit, Zweckmässigkeit, Bestimmung, Zweck der Sache, und welcher Wendung man sich sonst bedienen mag, beruhen auf der früher bei Gelegenheit der Untersuchung des Zweckes im Thier nachgewiesenen Operation: der Selbstbeziehung oder Zweckbeziehung, nur nicht auf einer concreten, sondern abstracten d. h. auf einem unabhängig von dem einzelnen Fall ausgesprochenen allgemeinen generalisirenden Urtheil. Die Zwecke der Sachen sind nichts als die Zwecke der Person, die sie mit ihnen ver-

desselben verdeutlicht und stets im Auge behält. Dieser Zweck ist in erster Linie die Erleichterung des Tauschverkehrs. Der Tauschverkehr lässt sich als die ökonomische Vorsehung definiren, welche jedes Ding (Sache, Arbeitskraft) an den Ort seiner Bestimmung bringt. Die Bedeutung einer Sache für die (ökonomische) Selbstbehauptung des Menschen macht ihren Werth aus. Zu unterscheiden ist aber der Gebrauchswerth und der Tauschwerth. Während ersterer durchaus relativ oder individuell ist, liegt letzterem eine allgemeine und insofern objective Bedeutung der Sache für menschliche Bedürfnisse zu Grunde, die es eben ermöglicht, sie gegen andere individuell benöthigte Sachen umzutauschen. Die einfachste Form des Tauschverkehrs ist der Tauschvertrag im juristischen Sinne d. h. Weggabe der minder gebrauchswerthigen Sache a gegen die relativ (für dieses Individuum) höher gebrauchswertige Sache b. Beim Tauschvertrag muss derjenige gesucht werden, der einmal die Sache b besitzt und sodann nicht nur der Sache a benöthigt, sondern auch die Sache b als für ihn relativ überflüssig entbehren kann. Dieses Aufsuchen kann nun zunächst dadurch erleichtert werden, dass die Operation in zwei andere zerlegt wird: 1) in die Weggabe von a gegen eine dritte Sache x und 2) das Eintauschen von b gegen dieses x. Der Tauschvertrag wird nach dieser Zerlegung (b : x = x : b) vermittelt durch zwei Kaufverträge. Die Sache x dient als sachlicher Vermittler des Tauschwesens d. h. des Systems oder der Organisation der ökonomischen Selbstbehauptung des Menschen.[1]) Die Sache x ist das Geld. Der Name kommt von „Gelten".[2]) Die Bedeutung des Geldes

folgt — allmähliche Erweiterung des Zweckhorizonts der Menschen bedeutet historisch dieselbe Thatsache für die Sachen."

Diese rechtsphilosophische Bemerkung wirft ein auch positiv praktisch klärendes Licht auf die ganze in diesem Abschnitt behandelte Lehre von gewissen „juristischen" Eigenschaften der Sachen. Alle diese „Eigenschaften" sind durch die subjective Zweckbeziehung der Sachen bedingt und daher in grösserem oder geringerem Grade relativ und subjectiv.

[1]) v. Ihering, Zweck in Recht I S. 70.

[2]) Vgl. Goldschmidt, Handelsrecht §§ 99—105. G. Hartmann, über den rechtlichen Begriff des Geldes und den Inhalt der Geldschulden.

für den Tauschverkehr liegt also darin, dass 1) alle Sachen sich auf Geld (ihrem Werthe nach) zurückführen lassen, 2) alle Sachen sich mit Geld beschaffen lassen. Geld ist allgemeines Tauschmittel und allgemeiner Werthmesser, allgemeines Aequivalent und schliesslich auch, sofern es statt einer ursprünglich zu leistenden Sache, deren Leistung aber unmöglich geworden ist, gegeben wird, Surrogat. Zu dieser dreifachen Bedeutung des Geldes als 1) Werthmesser, 2) Aequivalent, 3) Surrogat tritt 4) seine Bedeutung als um ihrer selbst willen gesuchte Waare: es wird seiner selbst wegen gesucht, weil es einen allgemeinen anerkannten (objektiven) Werth einschliesst; sein Tauschwerth beruht auf seinem allgemeinen Gebrauchswerth, seiner „Geltung", das Geld selbst ist nicht aus einer bewussten gesellschaftlichen Convention hervorgegangen, sondern unbewusstes Erzeugniss und insofern naturgesetzlich (psychologisch) gewährleistetes Mittel des Verkehrs.

Metallgeld: Die eben gekennzeichneten Eigenschaften kommen übrigens ursprünglich und unbedingt nur dem Metallgelde zu. Die Metalle, insbesondere die sog. Edelmetalle, Silber und Gold, eignen sich wegen ihrer Dauerbarkeit, ihrer Homogenität oder Ununterscheidbarkeit, ihrer fast unbegrenzten Theilbarkeit und Formbarkeit, endlich und zwar zu Folge ihrer Seltenheit in steigender Skala wegen ihrer relativen Werthconcentration und dadurch ermöglichter leichter Werth-Transportabilität am meisten unter allen Waaren, die Function der Waare x zu erfüllen. Daher stellt sich mit einer gewissen Culturstufe, nachdem vorher andere weniger geeignete Waaren[1]) die Geldfunction vertreten haben, überall das Metallgeld ein.

Geld im engeren Sinne wird das Metall erst durch Ausmünzung. Die Ausmünzung bezweckt nichts anderes als den Ersatz der ursprünglich bei jedem einzelnen durch das Metall vermittelter Tauschvertrage erforderlichen Werthfeststellung durch Prüfung der Qualität und Quantität[2]) durch das Ge-

[1]) z. B. Vieh, *pecunia* von *pecus*.

[2] Man denke an die residuäre Form des Zuwägens bei der *mancipatio*.

präge. Letztere stellt die Qualität und Quantität eines Metallstücks durch einen öffentlichen Stempel fest. Erst durch die Prägung wird ein Metallstück zur Münze (*pecunia forma publica percussa l.* 1 *D. de contr. empt.* 18, 1): die Münze ist ein in Bezug auf Gewicht und Feinheit staatlich beglaubigter Barren. Da nur der Staat eine unbedingte Sicherheit gegen Falschmünzerei bieten kann, so ist die Prägung ein ausschliessliches Recht des Staates geworden (Münzregal). Vom Münzregal ist wohl zu unterscheiden die Münzhoheit d. h. das staatliche Recht, Bestimmungen über das Münzwesen zu erlassen und das Münzwesen zu ordnen. Die Münzhoheit steht in Deutschland nach Art. 4 Nr. 3 dem Reiche zu, während das Münzregal den Einzelstaaten verblieben ist. Das Münzwesen des Deutschen Reiches ordnet das Reichsmünzgesetz vom 9. Juli 1873.

Die wichtigste Bedeutung des staatlichen Münzwesens ist die, dass die von einem Staate geprägten Metallgeldstücke innerhalb seiner Grenzen ein gesetzlich geltendes Zahlungsmittel darstellen. Diese gesetzliche Geltung bezeichnet man als Währung, und je nachdem ein Staat Silber- oder Goldmünzen oder beide mit dieser gesetzlichen Zahlungsgültigkeit ausstattet, spricht man von Silber-, Gold- oder Doppelwährung. Bei der Münze kommt zunächst in Betracht Schrot und Korn d. h. das Gewicht und das Verhältniss der Mischung des edelen und feinen Metalls in der Münze. (Schon aus technischen Gründen bedürfen alle Edelmetalle einer Beimischung unedlen Metalls, Legirung). Das Mischungsverhältniss der Reichsgoldmünzen ist im Reichsgesetz vom 4. Dezember 1871 auf 900 Tausendtheile Gold und 100 Tausendtheile Kupfer festgestellt. Münzfuss ist sodann das Normalverhältniss, nach dem sich bestimmt, wie viele Münzeinheiten einer gewissen Art der Werth einer bestimmten Quantität reinen edlen Metalls darstellen sollen. Nach dem Reichsgesetz vom 4. Dezember 1871 werden aus Einem Pfunde feinen Goldes $139\,^1/_2$ Zehnmarkstücke bezw. $69\,^3/_4$ Zwanzigmarkstücke ausgeprägt. Die Währung des Deutschen Reiches ist nach dem Münzgesetz vom 9. Juli 1873 (Art. 9) die Goldwährung d. h. genauer: Niemand ist verpflichtet, Reichssilber-

münzen im Betrage von mehr als 50 ℳ. und Nickel- und Kupfermünzen im Betrage von mehr als einer Mark in Zahlung zu nehmen. Die im Reiche ausgeprägten Silber-,[1]) Nickel-[2]) und Kupfermünzen[3]) bezw. noch anerkannten älteren Landessilbermünzen bilden nur Scheidegeld d. h. eine bei kleineren Zahlungen, zu deren Ermöglichung, als gesetzliches Zahlungsmittel zugelassene Creditmünze. Vom wirklichen Metallwerth einer Münze, der sich aus dem Münzfuss ergiebt, unterscheidet man den Nennwerth d. h. denjenigen Werth, der einer Münze nach der Absicht des Trägers der Münzhoheit beizulegen ist, sei nun dieser Wille durch die Präge oder in anderer Weise z. B. in Form eines Gesetzes ausgesprochen. In geordneten Staaten wird der Nennwerth in der Regel bei der Währungsmünze sich mit dem Metallwerth decken, anders bei den Scheidemünzen, die, weil sie ja nur in geringen Beträgen gesetzliches Zahlungsmittel sind, absichtlich (Silbermünzen um 10 %) minderwerthig geprägt werden. Uebrigens wird der Nennwerth der Scheidemünze dadurch gewährleistet, dass nach Artikel 9 des Reichsmünzgesetzes von den Reichs- und Landeskassen Reichssilbermünzen in jedem Betrage in Zahlung genommen, ferner Reichsgoldmünzen gegen Einzahlung Reichssilbermünzen in Beträgen von mindestens 200 ℳ. oder von Nickel- und Kupfermünzen in Beträgen von mindestens 50 ℳ. auf Verlangen von gewissen Kassen, die der Bundesrath bezeichnet hat, zu verabfolgen sind.

Passirgewicht heisst derjenige Gewichtsverlust, den die Münzen durch Abnutzung erleiden dürfen, ohne ihre Eigenschaft als gesetzliches Zahlungsmittel zu verlieren. Das Reichsgesetz vom 4. Dezember 1871 § 9 normirt dasselbe auf ½ % für 20- bezw. 10-Markstücke. Doch werden Reichsgoldmünzen,

[1]) Münzfuss: 26 Fünfmarkstücke, 50 Zweimarkstücke, 100 Einmarkstücke, 200 Fünfzigpfennigstücke, 500 Zwanzigpfennigstücke = 1 Pfund fein Silber.

Mischung: 900 Theile Silber, 100 Theile Kupfer.

[2]) Münzfuss: 4000 Fünfpfennigstücke, 1500 Zehnpfennigstück = 25 Pfund Nickel legirt mit 75 Pfund Kupfer.

[3]) 25000 Einpfennigstücke, 7500 Zweipfennigstücke = 95 Pfund Kupfer mit 4 Pfund Zinn und 1 Pfund Zink.

die in Folge längerer Circulation und Abnutzung an Gewicht soviel eingebüsst haben, dass sie das Passirgewicht nicht mehr erreichen, bei allen Kassen des Reichs und der Bundesstaaten stets zu demjenigen Werthe, zu welchem sie ausgegeben sind, angenommen und für Rechnung des Reiches zum Einschmelzen eingezogen (§ 9 Ges. v. 4. Dezember 1871). Die Verpflichtung zur Annahme und zum Umtausch findet auf durchlöcherte und anders, als durch den gewöhnlichen Umlauf im Gewicht verringerte Münzen, ingleichen auf verfälschte Münzstücke keine Anwendung (Art. 10 des Reichsgesetzes).

Curswerth oder Verkehrswerth ist derjenige Werth, zu welchem eine Münze im rechtlichen Verkehr wirklich geschätzt und angenommen wird. Derselbe wird sich innerhalb eines Staates mit gut geordneten Münzverhältnissen stets mit dem Nennwerthe decken, andererseits aber sofort als abweichend hervortreten, sobald ein Staat seine Münzen minderwerthig ausprägt. Denn auch ein Zwangscurs zum Nennwerthe kann nur die Gläubiger, welche Zahlungen zu diesem Zwangscurse anzunehmen verpflichtet sind, benachtheiligend treffen, während der freie Verkehr sich dagegen sofort durch besondere Vereinbarungen (ein durch Angebot und Nachfrage geregeltes Agio) stets zu wahren vermag.

1) In sachenrechtlicher Beziehung macht sich die besondere Natur des Geldes zunächst dadurch geltend, dass wegen seiner Vertretbarkeit und Ununterscheidbarkeit Besitz und Eigenthum beim Gelde in der Regel zusammenfallen. Zwar erkennt das Pandectenrecht die Möglichkeit einer Vindication von Geldstücken im Princip an.[1]) Wegen der Schwierigkeit oder Unmöglichkeit des Beweises ist aber die Vindication ausgeschlossen, sobald die Geldstücke der Anderen mit denen des Besitzers vermischt sind.[2]) Das Bürgerliche

[1]) *l.* 11 § 2 *D. de reb. cred.* 12, 1: *vindicari nummi possunt, si extant.*

[2]) *l.* 78 *D. de solut.* 46, 3: *Si alicui nummi inscio vel invito domino soluti sunt, manent ejus cujus fuerunt: si mixti essent, ita ut discerni non possent, ejus fieri qui accepit in libris Gaji scriptum est, ita ut actio domino cum eo qui dedisset, furti competeret.* Ferner *l.* 94 § 2 *eod. l.* 14 *l.* 31 § 1. *D. de rel. cred.* 12, 1.

Gesetzbuch hat zwar in § 948 (§ 947) bestimmt, dass, wenn bewegliche Sachen mit einander untrennbar vermischt oder vermengt werden, die bisherigen Eigenthümer (ideelle) Miteigenthümer der Gesammtsummen werden im Verhältniss des Werthes, den die Sachen zur Zeit der Vermischung bezw. Vermengung haben. Aber, bemerken die Motive (III. S. 169) „diese Vorschrift setzt voraus, dass eine abgegrenzte Menge vorliegt, zu welchen Beiträge von verschiedenen Seiten gelangt sind und über deren Rechtsschicksal zu entscheiden ist. Liegt keine abgegrenzte Menge vor, sondern steht nur die Thatsache fest, dass Quantitäten von Geld, Getreide u. s. w. in die nicht abgegrenzten Vorräthe einer anderen Person eingemischt sind, so treffen die Voraussetzungen der Rechtsnorm nicht zu. Dass der bisherige Eigenthümer der eingemischten Quantität nicht vindiciren kann, ist eine Folge davon, dass der zu vindicirende Gegenstand nicht individuell zu bezeichnen und zu ermitteln ist.“ Es bleibt also auch nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für den Fall, dass fremdes Geld mit einem nicht abgegrenzten Vorrathe des Empfängers d. h. mit einer Kasse vermischt ist, deren Bestand nicht festzustellen ist, da er vor bezw. nach der Vermischung vielfach gewechselt hat, beim pandectenrechtlichen Grundsatz, wonach der Besitzer zugleich Eigenthümer wird und der Nichtbesitzer sich mit einem obligatorischen Anspruch begnügen muss. „Liegt aber eine abgegrenzte Gesammtmenge vor, so ist auch für den Fall, dass es sich um Geld handelt, keine Besonderheit zu Gunsten des Empfängers von Geld zu bestimmen, falls etwa ausnahmsweise der Empfänger z. B. wegen Mangels des guten Glaubens in seiner Person oder wegen Geschäftsunfähigkeit des Zahlenden, das Eigenthum nicht schon durch die Uebergabe erworben hat; denn durch die Vorschrift, dass der Empfänger durch die Vermischung des fremden Geldes mit dem eigenen Gelde Eigenthümer des ersteren werde, würden die bisherigen Eigenthümer der eingemischten Geldstücke im Falle des Concurses des Besitzers der Geldmenge in ungerechtfertigter Weise benachtheiligt werden.“ (Mot. a. a. O.)

Uebrigens hat das B.G.G. durch § 934, 935, 2, wonach es den gutgläubigen Erwerber von Geld und Inhaber-

papieren auch dann Eigenthum an diesen Sachen erlangen lässt, wenn diese dem Eigenthümer gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen sind, die Vindication von Geld in weit grösserem Umfange ausgeschlossen, unter Aufnahme des deutschrechtlichen Grundsatzes „Hand wahre Hand", als das den guten Glauben keineswegs soweit schützende Pandektenrecht. Der Niessbrauch an Geld ist Niessbrauch an verbrauchbaren Sachen, *quasi-ususfructus;* Niessbraucher wird Eigenthümer und hat nach Beendigung des Niessbrauches die gleiche Summe zu erstatten.

2) Obligationenrechtlich ist zunächst die Frage von Bedeutung, in welchen Geldsorten eine Geldschuld zu zahlen ist. Für im Inlande zahlbare Geldschulden sind die bereits mitgetheilten Bestimmungen des Reichsmünzgesetzes massgebend. Ist aber eine in ausländischer Währung ausgedrückte Geldschuld im Inlande zu zahlen, so kann die Zahlung in Reichswährung erfolgen, es sei denn, dass die Zahlung in ausländischer Währung ausdrücklich (effectiv) bedungen ist. (B.G.B. § 244.)

Die Umrechnung erfolgt nach dem Curswerthe, der zur Zeit der Zahlung für den Zahlungsort massgebend ist d. h., wenn am Zahlungsorte ein Curs nicht notirt ist, nach dem Curse des nächsten Börsenplatzes.[1]) Nicht selten sind Verabredungen, wonach die Zahlung in einer bestimmten Münzsorte zu erfolgen hat, z. B. in Reichsgoldmünzen oder in Napoléons, Sovereigns, Imperials u. drgl. Solche Vereinbarungen können wider ein Verbotsgesetz gegen den Umlauf gewisser Münzsorten verstossen und sind in diesem Falle unverbindlich. Abgesehen davon liegt kein Bedenken gegen ihre Rechtsverbindlichkeit vor, auch wenn nicht ausdrücklich das Wort „effectiv" angewandt worden ist; es fragt sich aber, wie weit die Tragweite geht für den Fall, dass die Leistung der bestimmten Geldsorte unmöglich wird. Dann ist zu unterscheiden:

[1]) Derselbe findet regelmässig seinen Ausdruck in dem Kurse eines Sichtwechsels von dem Zahlungsplatz auf den Währungsplatz, kann aber auch davon verschieden sein. Vgl. Goldschmidt, Handb. des Handelsr. S. 1107, 1116, 1117.

a) Es liegt eine eigentliche Geldschuld vor, verbunden mit der Nebenbestimmung, wie gezahlt werden soll. Tritt hier Unmöglichkeit der Leistung in Ansehung der Nebenbestimmung ein, so wird hierdurch der Bestand und das Wesen des Schuldverhältnisses selbst nicht geändert. Die Geldschuld bleibt bestehen; der nebensächliche Theil allein ist hinfällig geworden und der Fall ist mithin so zu beurtheilen, wie wenn die Nebenbestimmung überhaupt nicht getroffen wäre. Das B.G.B. (§ 245) nimmt diese Hinfälligkeit der Nebenbestimmung an und gestattet Zahlung der Geldschuld in der normalen Münze, wenn die ausdrücklich anders bestimmte Münzsorte zur Zeit der Zahlung überhaupt und nicht bloss am Zahlungsorte sich nicht mehr im Umlaufe befindet. „Die Annahme der Unmöglichkeit nur in dem äussersten, kaum einmal vorkommenden oder zu beweisenden Falle, wenn die Münzsorte nicht mehr vorhanden ist, würde den Schuldner gegen den Sinn einer derartigen Geldschuld unbillig bedrücken und in der Praxis zu unannehmbaren Resultaten führen, während andererseits kein zureichender Grund vorliegt, den Schuldner von der Zahlung der noch im Umlaufe befindlichen Münzsorten schon dann zu entbinden, wenn sie nur mit unverhältnissmässigen Kosten zu beschaffen ist“ (Mot. II S. 14).

b) Der § 245 B.G.B. kommt aber nicht zur Anwendung, wenn lediglich eine bestimmte Menge gewisser Münzen *in obligatione* ist (Geldsortenschuld, exclusive Geldsortenschuld).[1] In diesem seltenen Falle einer generischen Obligation wird der Schuldner durch den Untergang des ganzen *genus* wegen Unmöglichkeit der Leistung nach § 275 B.G.B. von der Verpflichtung zur Leistung frei.

Welchen Einfluss hat die Veränderung des Curswerthes in der Zeit von Entstehung einer Geldschuld bis zur Zahlung? Ist z. B. nach Hingabe eines Darlehns in Goldwährung etwa in Folge inzwischen eingeführter Doppelwährung oder Papierwährung der Curswerth d. h. das Verhältniss des Goldwerths zum Silberwerth bezw. Papiergeldwerth ein anderes geworden, der

[1] Vgl. Fischer, Preuss. Privatrecht S. 310. Dernburg, Preuss. Privatr. II S. 80.

Goldcurs im Verhältniss zu Silber bew. Papiergeldwerth oder umgekehrt der Curswerth des Silbers gestiegen, kann alsdann der Schuldner das Darlehen nach dem gestiegenen Silbercurs in Silber oder gar bei Einführung einer Papierwährung in Papier zurückzahlen? Die Frage ist unbedingt zu bejahen, falls es sich um eine inländische Geldschuld handelt, da für inländische Zahlungen der Nennwerth einen Zwangscurs hat. Der Gläubiger kann dem dadurch ihn drohenden Nachtheil nur durch ausdrückliche Bedingung der Geldsorte, in der das Darlehen zurückgezahlt werden soll (z. B. Goldklausel), vorbeugen. Umgekehrt verhält es sich, wenn eine Geldschuld im Auslande zu zahlen ist; für solche ist nicht der Nennwerth des ausländischen Geldes, sondern sein Curswerth massgebend, der Gläubiger kann dann, da der Zwangscurs des ausländischen Staates die inländischen Gerichte nicht bindet, im Falle einer Cursverminderung des ausländischen Geldes (wenigstens bei inländischen Gerichten) einen Ausgleich der Differenz verlangen.[1])

Dagegen hat eine Veränderung des Tauschwerthes, d. h. der Kaufkraft des Geldes auf die Geldschulden keinen Einfluss. Trotz der darin für langfristige Geldschulden unter Umständen entstehenden Unbilligkeit ist der Grundsatz des Ausgleichs der Tauschwerthschwankungen als praktisch undurchführbar nicht zu billigen, der Richter würde sich den schwierigsten Untersuchungen über die Schwankungen des Tauschwerthes unterziehen müssen. Daher ist es bei Verpflichtungen auf sehr lange Zeiträume, ewigen Renten u. s. w. von jeher üblich gewesen, die Schuld statt in Geld in Getreidefrüchten anzusetzen, die eventuell nach dem jeweiligen Marktpreise in Geld zu zahlen sind. — Zu erwähnen ist noch, dass das B.G.B. § 270 hinsichtlich Geldschulden die bislang nur im Handelsrecht bestehende sog. Uebermittelungspflicht allgemein anerkennt. Geld hat der Schuldner im Zweifel (d. h. wenn nichts anderes vereinbart) auf seine Gefahr und seine Kosten dem Gläubiger an dessen Wohnsitz zu übermitteln. Ist die Forderung im

[1]) Es handelt sich hier um eine Frage des internationalen Rechts. Vgl. R.G. in Zeitschrift für Handelsrecht XXVII S. 512, XXVIII S. 283. Hartmann, über internationale Geldschulden 1882.

Gewerbebetriebe des Gläubigers entstanden, so tritt, wenn der Gläubiger seine gewerbliche Niederlassung an einem anderen Orte hat, der Ort der Niederlassung an die Stelle des Wohnsitzes. Erhöhen sich in Folge einer nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Aenderung des Wohnsitzes oder der gewerblichen Niederlassung des Gläubigers die Kosten oder die Gefahr der Uebermittelung, so hat der Gläubiger im ersteren Falle die Mehrkosten, im letzteren Falle, — weil eine Theilung nach dem Verhältnisse der Entfernung nicht möglich, — die Gefahr ganz zu tragen. (Die Vorschriften über den Erfüllungsort bleiben dadurch unberührt, ebenso die landesgesetzlichen Vorschriften über sog. Holschulden bei öffentlichen Kassen.)

In pfandrechtlicher Hinsicht hatte der Entwurf I des B.G.B. in § 1168 folgende bemerkenswerthe Bestimmung:

> „Ist Geld Gegenstand des Pfandrechtes und hat der Pfandgläubiger das Geld in seiner Inhabung, so erlangt er mit dem Eintritte der im § 1165, Abs. 2 bezeichneten Voraussetzungen (d. h. mit Eintritt der Fälligkeit und des Ueberganges seiner Forderung in eine Geldforderung) die Befugniss, sich wegen der fälligen Forderung aus dem Gelde zu befriedigen. Ist der Pfandgläubiger verpflichtet, das Geld in Zahlung anzunehmen, so erlangt der Eigenthümer mit dem Eintritte jener Voraussetzungen die Befugniss, von dem Pfandgläubiger zu verlangen, dass er sich daraus befriedige.“

In das Bürgerliche Gesetzbuch ist diese Bestimmung nicht übernommen; wie die Protokolle ergeben, weil die Entscheidung der Wissenschaft und Praxis überlassen werden könne. Ich trage kein Bedenken, entsprechend dem citirten § 1168 des Entw. I die Selbstbefriedigung aus dem verpfändeten Gelde bei Fälligkeit und vorliegender Geldforderung des Gläubigers ungeachtet der Streichung des Paragraphen für zulässig zu erachten. Ein Verkauf des Geldes hat keinen vernünftigen Sinn und die *ratio* des vom B.G.B. in § 1229 recipirten Verbotes der *lex commissoria* (Uebervortheilung des Schuldners) ist nicht gegeben. Vielmehr entspricht in diesem Falle die unmittelbare Selbstbefriedigung des Gläubigers nicht nur dem

präsumtiven Willen, sondern sogar dem verständigen Interesse des Schuldners. Die Befriedigung geschieht in diesem Falle durch *brevi manu traditio* an sich selbst, welche von dem Inhaber in Vertretung des Besitzers vorgenommen wird. Erforderlich ist allerdings, dass der Besitzwille dem Eigenthümer gegenüber kundgegeben werde, zumal der Zeitpunkt der Befriedigung für den Uebergang der Gefahr bedeutsam ist. Auch ist mit Recht eine *mora accipiendi* zu constatiren, wenn der Gläubiger dem ausdrücklichen Verlangen des Schuldners, sich unmittelbar aus dem verpfändeten Gelde zu befriedigen, nicht nachkommt, vorausgesetzt allerdings, dass es sich um Geldsorten handelt, die der Gläubiger in Zahlung zu nehmen, gesetzlich verpflichtet ist.

Die besonderen Bestimmungen des Ehe-, Familien- und Erbrechtes in Bezug auf Geld werden als wesentlich durch diese besonderen Rechtsinstitute bedingt erst später darzustellen sein.

II. Papiergeld: Das Papiergeld ist seinem wirthschaftlichen Wesen nach Creditgeld oder blosses Zeichengeld, sein Werth besteht lediglich im Vertrauen auf seine Einlösbarkeit. Die vielfach aufgetretene gegentheilige Annahme beruht auf Verkennung der wirthschaftlichen Natur des Geldes und hat sich stets als verderblich erwiesen. Die Befugniss zur Ausgabe von Papiergeld hat sich aus begreiflichen Gründen der Staat vorbehalten, und zwar steht sie seit dem Reichsgesetze betr. die Ausgabe von Reichskassenscheinen vom 30. April 1874 dem Reiche zu. Die Reichskassenscheine besitzen aber nicht die Eigenschaft gesetzlicher Zahlmittel, im Privatverkehr findet ein Zwang zu ihrer Annahme nicht statt; sie werden jedoch bei allen Kassen des Reiches und sämmtlicher Bundesstaaten nach ihrem Nennwerthe in Zahlung angenommen und von der Reichshauptkasse für Rechnung des Reiches jederzeit auf Erfordern gegen baares Geld eingelöst. — Obwohl ein Annahmezwang gegen Private für Reichskassenscheine nicht besteht, dürfen sie doch als Geld im juristischen Sinne zu gelten, ihre freiwillig angenommene Hingabe zur Tilgung einer Schuld ist Zahlung, nicht Hingabe an Zahlungsstatt.

III. Werthpapiere: Der Begriff des Werthpapieres

ist ein anscheinend den Römern noch ganz unbekannt gewesenes Erzeugniss des modernen Credits.[1]) Ein Werthpapier ist eine Urkunde über ein Vermögensrecht, welches mit voller Wirksamkeit nur zugleich mit ihr verwerthet werden kann. Der Begriff im weitesten Sinne „erstreckt sich nicht bloss auf Papiere über Geld, obgleich hier der Hauptkreis seiner Anwendung liegt, sondern auch auf solche über Waaren, und nicht bloss auf Forderungen, sondern auch auf sachenrechtliche Verhältnisse. Das Ziel geht dahin, durch die enge Verbindung eines Vermögensrechts mit dem Papier, welches darüber lautet, dessen Beweglichkeit in dem Grade zu erleichtern, welchen der moderne Verkehr fordert. Realisirung und Uebertragung des Vermögenswerthes werden dadurch dergestalt an das Papier gebunden, dass die rechtliche Macht über das Papier geradezu mit dem Vermögensrechte zusammenfällt. Am vollkommensten geschieht dies bei dem Inhaberpapier; die charakteristischen Merkmale fehlen aber auch nicht beim Orderpapier, dessen typisches Beispiel der Wechsel ist, und bei dem Rektapapier, welches oft mit einer den Schuldner jeder Legitimationsprüfung überhebenden Klausel versehen ist. Erleichtert wird eine solche rechtliche Behandlung um so mehr, wenn das in dem Papier „verkörperte“ Vermögensrecht abstract und absolut gestaltet ist.“ [2])

Durch ihre erleichterte Circulationsfähigkeit sind nun die Werthpapiere in abgestuften Graden geeignet, als Geld- oder Münzsurrogate zu dienen. Schon das Papiergeld ist, wie wir sahen, genau genommen, nur ein Werthpapier. Ihm steht am nächsten die Banknote, sodann der Wechsel,[3]) der Check, Coupons; selbst Briefmarken dienen vielfach als eine Art papierner Scheidemünze. Das Bürgerliche Gesetzbuch stellt die Werthpapiere, ohne eine Definition zu geben, dem Gelde gleich in Ansehung der Tauglichkeit zur Sicherheitsleistung, unter Beschränkung freilich auf solche, die auf den Inhaber lauten, einen Kurswerth haben und einer Gattung angehören, in der

[1]) Vgl. Knies, Geld S. 24 ff. Kredit I S. 175 ff.

[2]) Koch, Geld und Werthpapiere S. 3. Vgl. S. 72 oben (I, 1 dieses Buches).

[3]) Bekanntlich von Einert als „Privatpapiergeld“ definirt.

Mündelgeld angelegt werden darf. Den Inhaberpapieren stehen Orderpapiere gleich, die mit Blancoindossament versehen sind (§ 232). Ob ein Werthpapier die sog. pupillarische Sicherheit gewährt, soll vom Bundesrath geprüft und erklärt werden (§ 1807 Nr. 4).

Werthpapiere fallen jedenfalls unter den Begriff der vertretbaren Sachen. Es ist daher ein Darlehen in Werthpapieren möglich. Im Zweifel ist bei einem solchen Darlehen anzunehmen, dass der Darleiher die Cursgefahr vom Augenblick der Hingabe ab nicht mehr tragen will, vielmehr den Curswerth zur Zeit der Darleihung als die Valuta betrachtet, welche dereinst, sei es in Geld oder in Papieren derselben Art, je nach der Absicht, zurückzuvergüten ist, und nach welcher sich der Betrag der Zinsen richtet. Damit erledigt sich auch die Frage, wenn Papiere derselben Art nicht mehr zurückerstattet werden können.

Zahlung in Werthpapieren ist nicht Zahlung im engeren Sinne, sondern es gilt hier die Rechtsregel: *satisfactio pro solutione est.*

Der redliche Erwerber eines Inhaberpapieres wird Eigenthümer, auch wenn letzteres verloren, gestohlen oder sonst abhanden gekommen war (§ 935). Der Besitzer des Inhaberpapieres ist präsumtiver Eigenthümer (§ 1006). Eine abhanden gekommene oder vernichtete Schuldverschreibung auf den Inhaber kann, wenn nicht in der Urkunde das Gegentheil bestimmt ist, im Wege des Aufgebotsverfahrens für kraftlos erklärt (amortisirt) werden. Ausgenommen sind Zins-, Renten- und Gewinnantheilscheine sowie die auf Sicht zahlbaren unverzinslichen Schuldverschreibungen (§ 799). Ist eine Schuldurkunde auf den Inhaber für kraftlos erklärt, so kann derjenige, welcher das Ausschlussurtheil erwirkt hat, von dem Aussteller, unbeschadet der Befugniss, den Anspruch aus der Urkunde geltend zu machen, die Ertheilung einer neuen Schuldverschreibung auf den Inhaber an Stelle der für kraftlos erklärten erlangen. Die Kosten hat er zu tragen und vorzuschiessen (§ 800).

Der Verkäufer eines Werthpapiers haftet nicht nur für den rechtlichen Bestand der Forderung oder des Rechtes,

sondern auch dafür, dass es nicht zum Zwecke der Kraftloserklärung aufgeboten ist (§ 437).

An Werthpapieren ist ein *depositum irregulare* (unregelmässiger Verwahrungsvertrag) möglich, aber immer nur anzunehmen, wenn er ausdrücklich vereinbart worden ist[1]) (§ 700).

Gastwirthe haften *ex recepto* für Geld, Werthpapiere (und Kostbarkeiten) nur bis zu dem Betrage von 1000 ℳ., es sei denn, dass sie diese Gegenstände in Kenntniss ihrer Eigenschaft als Werthsachen zur Aufbewahrung übernehmen oder die Aufbewahrung ablehnen oder dass der Schaden von ihnen selbst oder ihren Leuten verschuldet wird (§ 702).

Zur Verpfändung eines Wechsels oder eines anderen Papiers, das durch Indossament übertragen werden kann, genügt die Einigung des Gläubigers und des Pfandgläubigers und die Uebergabe des indossirten Papiers.

Die Verpfändung braucht also dem Schuldner nicht angezeigt zu werden (§§ 1280. 1292). Für das Pfandrecht an einem Inhaberpapiere gelten die Vorschriften über das Pfandrecht an beweglichen Sachen, nicht die über das Pfandrecht an Forderungen. (§ 1293.) Das Pfandrecht an einem Werthpapiere erstreckt sich auf die zu dem Papiere gehörenden Zins-, Renten- oder Gewinnantheilscheine nur dann, wenn sie dem Pfandgläubiger übergeben sind. (§ 1296.) Ist ein Wechsel, ein anderes Papier, das durch Indossament übertragen werden kann, oder ein Inhaberpapier Gegenstand des Pfandrechts, so so ist der Pfandgläubiger schon vor der Fälligkeit seiner versicherten Forderung als Geldforderung zur Einziehung und, falls Kündigung erforderlich ist, zur Kündigung berechtigt (§ 1294). Hat ein verpfändetes Inhaberpapier oder ein Papier, das durch Indossament übertragen werden kann, einen Börsen- oder Marktpreis, so ist der Gläubiger nach Eintritt der Fälligkeit seiner Forderung als Geldforderung berechtigt, es aus freier Hand durch einen zu solchen Verkäufen ermächtigten Handelsmäkler oder durch eine zur

[1]) Vgl. Ges. betr. die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Werthpapiere vom 5. Juli 1896.

öffentlichen Versteigerung befugte Person zum laufenden Preise zu verkaufen (§§ 1221, 1293, 1295).

Ist ein Inhaberpapier oder ein Orderpapier, das mit Blancoindossament versehen ist, Gegenstand des Niessbrauchs, so steht der Besitz des Papiers und des zu dem Papiere gehörenden Erneuerungsscheins dem Niessbraucher und dem Eigenthümer gemeinschaftlich zu. Der Besitz der zu dem Papiere gehörenden Zins-, Renten- oder Gewinnantheilscheine steht dem Niessbraucher zu. Zur Bestellung des Niessbrauchs genügt an Stelle der Uebergabe des Papiers die Einräumung des Mitbesitzes (§ 1081). Das Papier ist nebst dem Erneuerungsscheine auf Verlangen des Niessbrauchers oder des Eigenthümers bei einer Hinterlegungsstelle mit der Bestimmung zu hinterlegen, dass die Herausgabe nur von dem Niessbraucher und dem Eigenthümer gemeinschaftlich verlangt werden kann. Der Niessbraucher kann auch Hinterlegung bei der Reichsbank verlangen (§ 1082).

Die Reichsbank hat in diesem Falle die Stellung eines Treuhänders (*trustee*). Sie nimmt das Papier in sog. „gesperrtes“ Depot. Nr. 14 ihrer Bedingungen über diese „gesperrten“ Depots lautet:

„Soll eine dritte Person vertragsmässig oder auf Grund einer letztwilligen Verfügung lebenslänglich die Zinsen oder Dividenden der deponirten Papiere beziehen, so ist eine entsprechende Erklärung nach bestimmtem Schema dem Contor bei der Deposition zu behändigen und die Declaration (der Depositionsantrag) mit dem Zusatze zu versehen „Gesperrt nach Nr. 14 der Bedingungen“. Der Depotschein wird in diesem Falle mit dem gleichen Vermerke bedruckt, und die Zahlung der Zinsen und Dividenden sowie die Rückgabe des Depots erfolgen an den Deponenten oder dessen Rechtsnachfolger ohne Zustimmung jener dritten Person nur bei Verlegung einer standesamtlichen Bescheinigung über deren Tod.“

Die besonderen Rechtssätze betreffend Werthpapiere im Ehe-, Familien- und Erbrecht werden erst in den entsprechenden besonderen Theilen des Rechtssystems eine vollständig verständliche Darlegung finden können.

§ 6.

Res extra commercium. Verkehrsunfähige Sachen.

Die Lehre von der sog. *res extra commercium* oder den verkehrsunfähigen Sachen gehört nach unserer Ansicht nicht in den allgemeinen Theil des Systems, sondern in den Anfang des Sachenrechtes. Wir werden sie später unter dem sachenrechtlichen Abschnitt: Rechtsverhältnisse des Gemeingebrauchs eingehend behandeln.

Fünfter Abschnitt.

Die Entstehung und Endigung der Rechte.

§ 1.

Allgemeines. (Die juristischen Thatsachen, originärer und derivativer Erwerb, Erlöschen der Rechte, Veräusserung, Verzicht.)

I. Die Entstehung eines subjectiven Rechtes ist ebenso wie seine Endigung (sein Verlust) bedingt durch bestimmte von der Rechtsordnung dafür als Voraussetzungen gesetzte Thatsachen. Eine Thatsache, die als Voraussetzung der Entstehung, Aenderung oder des Untergangs (Verlustes) eines Rechtes erheblich ist, ist eine juristische Thatsache im Gegensatz zu solchen Thatsachen, die keinerlei rechtliche Wirkung haben. Wenn mehrere verschiedene Thatsachen sich vereinigen müssen, um eine rechtliche Wirkung zu erzeugen, reden wir von einem rechtlichen Thatbestand; der Begriff des Thatbestandes hat im Civilrecht dieselbe Bedeutung, wie im Strafrecht. Auch im Civilrecht haben wir zu unterscheiden: allgemeine, d. h. ganzen Gattungen von Rechtseffekten gemeinsame Thatbestandsmerkmale und concrete (besondere), die zu ersteren hinzukommen müssen, um einen bestimmten Rechts-

erfolg zu begründen. Als natürlich ergibt sich ferner die das ganze Rechtsgebiet durchwaltende Unterscheidung zwischen subjectiven und objectiven Thatbestandsmomenten, d. h. zwischen Thatsachen des blossen Bewusstseins (Willensbestimmung, Vorstellungen der Subjecte, z. B. Schuldmoment, Irrthum u. s. w.) und Thatsachen des äusseren Geschehens (Ereignisse, Handlungen in objectiver Anschauung).

Im allgemeinen Theil sind nur allgemeine subjective und objective Thatbestandsmomente, die als Voraussetzungen civilrechtlicher Wirkungen gemeinsam für die verschiedensten Rechtsinstitute erheblich werden, zu behandeln. Die nächstliegende Unterscheidung dieser allgemeinen Thatbestände ist diejenige in Ereignisse, die vom menschlichen Willen unabhängig sind, und in solche, die Folgen einer menschlichen Willensthätigkeit sind.

Die ersteren nennen wir juristische Thatsachen im engeren Sinne oder Ereignisse, die letzteren sind die juristischen Handlungen. Als juristische Thatsachen der ersteren Art kommen in Betracht Geburt und Tod (Entstehung und Ende eines Rechtssubjects), auch der blosse Zeitablauf (Verjährung, Verwirkung eines Rechts durch Fristablauf). — Der Begriff der juristischen Handlung schliesst die Unterlassung ein. Der juristische Begriff der Handlung ist also eine bis zum Einschluss des Gegentheils des natürlichen Handlungsbegriffes getriebene Abstraction, die genau genommen auf den Begriff der Verantwortlichkeit für äusseres Geschehen zufolge eines bestimmten subjectiven Verhaltens hinausläuft. Der ursprüngliche natürliche Handlungsbegriff nämlich (Handlung von Hand) ist offenbar wissenschaftlich als motorische Thätigkeit, positiv als Ursache in die Aussenwelt eingreifende Muskelaction (sei es auch nur der Sprechmuskeln) zu bezeichnen. Juristisch (und moralisch) redet man aber auch von Omissivhandlungen, Unterlassungshandlungen (was eigentlich eine *contradictio in adjecto* ist) bzw. von negativen Handlungen in allen Fällen, wo die Rechtspflicht ein positives Handeln verlangt und nunmehr gerade das Nichthandeln des Subjects für dieses selbst oder für Andere Rechtsfolgen nach sich zieht. Diese Nicht-Handlungen

oder nach dem bequemeren herrschenden Sprachgebrauch diese „Handlungen“ im weitesten, technischen Sinne, Unterlassungshandlungen, spielen ihre Hauptrolle als sog. civilrechtliche Delicte, während das strafrechtliche Delict vorzugsweise, wenn auch nicht ausschliesslich, auf den Kreis der positiven Handlungen beschränkt ist. Bei Delicten ist die Rechtsfolge der „Handlung“, d. h. der positiven oder negativen, der Begehung oder Unterlassung nicht gewollt, bei reinen Unterlassungsdelicten ist nicht einmal das Ereigniss, für das der Deliquent verantwortlich wird, gewollt; er wird vielmehr von der Rechtsordnung verantwortlich gemacht, weil er dieses Ereigniss nicht verhindert hat, also sein Gegentheil, sein Nicht-Ereignen nicht oder nicht ernstlich genug gewollt hat. Die Rechtsfolge des Ereignisses (ungenau juristisch seiner Handlung, besser seines Verhaltens) tritt aber in der Regel ihm sehr unliebsam gegen sein Erwarten und Wollen ein und er sucht sich ihr sogar in der Regel zu entwinden. — Im Gegensatz dazu gibt es Handlungen, Willensäusserungen, deren Zweck auf Herbeiführung einer Entstehung, Aenderung oder Endigung (subjectiver) Rechte gerichtet ist. Diese Handlungen heissen Rechtsgeschäfte. Freilich darf man auch hier das subjective Erforderniss nicht zu sehr überspannen; das Rechtsgeschäft setzt einen rechtsgeschäftlichen, d. h. auf Rechtsfolgen gerichteten Willen voraus, also, da der Wille für uns die Vorstellung [1]) einschliesst, eine Vorstellung der mit der Handlung verknüpften Rechtsfolgen ein, aber dieses Bewusstsein braucht kein, alle von der Rechtsordnung bestimmten Wirkungen umfassendes ausgeprägtes Bewusstsein zu sein; der Rechtsgeschäftswille kann vielmehr mehr oder weniger sozusagen Blankett -Wille sein, das Blankett wird ausgefüllt durch das objective Civilrecht.

Ein Jurist, der einen Wechsel unterschreibt, einen Miethvertrag schliesst u. s. w., wird in der Regel eine deutlichere Vorstellung aller damit verknüpften Rechtsfolgen haben, als der Laie im gleichen Fall. Für die Beurtheilung des Rechts-

[1]) Der „unbewusste Wille“ spielt nur in der Metaphysik besonders Schopenhauers und im Bindingschen Strafrecht eine Rolle.

geschäfts ist dieses Mehr oder Weniger der Vorstellung unerheblich, vorausgesetzt wird aber auch beim Laien — und eben deshalb wird bei allen Personen die in Abschnitt II §§ 4 ff. schon behandelte Einsicht als Handlungsfähigkeit, insbesondere Geschäftsfähigkeit zum Abschluss von gültigen Rechtsgeschäften gefordert — das Bewusstsein, mit der fraglichen Handlung überhaupt gewisse, des Näheren von dem ergänzenden Civilrecht bestimmte Rechtsfolgen zu setzen; nur ist dieses Bewusstsein meistentheils begreiflicher Weise ein mehr auf die nächstliegenden wirthschaftlichen, bezw. sonstigen persönlichen Absichten beschränktes, das die eventuell daran für gewisse mögliche Streitfälle geknüpften Folgerungen der Rechtsordnung sich nicht mit zu vergegenwärtigen braucht. Daran jedoch muss festgehalten werden, dass ein Rechtsgeschäft ohne alles Bewusstsein, bzw. ohne alle Absicht, überhaupt Rechtsfolgen herbeizuführen, nicht denkbar ist. Andernfalls gäbe es keine Scheingeschäfte.[1])

Der Wille des Privaten kann die von dem objectiven Civilrecht ergänzend gebotenen Rechtsfolgen in der Regel nach seinem Belieben ausschliessen oder modificiren, z. B. im Miethcontract ein von ihr abweichendes, sozusagen individuelles Recht als *lex contractus* vereinbaren; dies liegt in der dispositiven Natur des Privatrechts, vergl. Abschnitt I § 5 oben, es findet seine Schranke am zwingenden Recht.

Auch die Eheschliessung ist ein Rechtsgeschäft und daher vom freien Willen des Privaten abhängig; wenn ich aber eine Ehe schliesse, muss ich mich dem aus öffentlichen Gründen geordneten zwingenden Theil des Eherechts unbedingt unterwerfen und kann mir nicht, wie z. B. bei sonstigen Contracten, davon abweichende *leges contractus* ausbedingen.

Im Uebrigen gilt der weitere Begriff der juristischen Handlung auch für das Rechtsgeschäft, keineswegs sind zum

[1]) Dies gegen die neuerdings gegen den Begriff des Rechtsgeschäfts geltend gemachten Bedenken. Lotmar, über *causa* 1875 S. 15. Kohler, Iherings Jahrbücher Bd. 16 S. 106 ff. Thon, Rechtsnorm S. 371. Pernice, Gruchots Zeitschr. Bd. 7 S. 467 ff. Zitelmann, Irrthum S. 237. R.G. XXVIII S. 18. Bülow im Archiv f. civilist. Praxis, Bd. 64 S. 87 ff. Hartmann, Iherings Jahrb. XX S. 73 ff. Lotmar-Brinz Bd. 4 § 524.

Abschluss eines solchen stets positive Handlungen erforderlich; zahlreiche Rechtsgeschäfte können auch durch Unterlassung, nämlich unter Umständen durch Stillschweigen, d. h. Unterlassung einer ausdrücklichen Gegenerklärung, zu Stande kommen.

Der rechtsgeschäftliche Wille wird überdiess von der Rechtsordnung in vielen Fällen nicht nur präsumirt, sondern sogar unter Umständen fingirt, so dass eine rechtsgeschäftliche Verpflichtung ähnlich wie aus einem Delict abnormer Weise sogar gegen den Willen des Subjects entstehen kann, im Interesse der sog. Sicherheit des Verkehrs.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat den Begriff des Rechtsgeschäfts, obwohl es den Ausdruck sehr häufig gebraucht, nicht definirt. Die Motive gehen aber von der im Vorstehenden gegebenen Auffassung aus, indem sie I S. 126 bemerken: „Rechtsgeschäft im Sinne des Entwurfes ist eine Privatwillenserklärung, gerichtet auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges, welcher nach der Rechtsordnung deswegen eintritt, weil es gewollt ist. Das Wesen des Rechtsgeschäftes wird darin gefunden, dass ein auf die Hervorbringung rechtlicher Wirkungen gerichteter Wille sich bethätigt, und dass der Spruch der Rechtsordnung in Anerkennung dieses Willens die gewollte rechtliche Gestaltung in der Rechtswelt verwirklicht. Besonderer Ausdruck ist dieser Auffassung im Entwurfe nicht gegeben. — Die Gefahr, durch eine wie immer geartete Fassung irre zu leiten, ist ungleich grösser, als die entgegengesetzte Gefahr, dass die Rechtsprechung schwankt und die für Rechtsgeschäfte massgebenden Grundsätze auf Handlungen, welche die Natur von Rechtsgeschäften nicht haben, anwendet, oder dass sie wirkliche Rechtsgeschäfte verkennt. Die Einzelbestimmungen lassen zudem den eingenommenen Standpunkt, der im Wesentlichen der herrschenden Lehre entspricht, zur Genüge erkennen.“

II. Jede Entstehung eines Rechtes ist nicht, wie Puchta, Pand. I § 47 und ihm folgend die meisten Pandektisten behaupten, Erwerb desselben durch eine bestimmte Person, wie auch nicht jede Endigung Verlust von Seiten des Berechtigten ist; vielmehr giebt es Rechte, die mit der Person entstehen und endigen, angeborene unveräusserliche

Rechte, Persönlichkeitsrechte, und es wäre mindestens eine schiefe Ausdrucksweise, zu sagen, dass diese Rechte mit der Geburt erworben werden bezw. mit dem Tode verlustig gehen. Rechte dieser Art haben wir im II. Abschnitt oben kennen gelernt (Recht der Persönlichkeit, Namensrecht u. s. w.).

Der grösste Theil der Privatrechte aber wird allerdings erworben und kann wieder verloren gehen, und bei diesen veräusserlichen Rechten ist Erwerb nichts anderes, als Entstehung des Rechtes für eine bestimmte Person. Eine solche Entstehung kann nun in dem Sinne eine absolute sein, dass sie nicht nur unabhängig von dem Willen, sondern auch von den Rechten anderer Personen ist. Das subjektive Recht der Person A. hat alsdann seinen zureichenden Grund in einer einzigen Thatsache oder einem Thatsachencomplex (Thatbestand), die bezw. der nach der objektiven Rechtsordnung unmittelbar ohne Rücksicht auf den bisherigen Rechtszustand ein solches Recht erzeugt. Bildlich könnte man hier von Urzeugung oder autochthoner Entstehung des Rechtes sprechen; denn ein solches ursprüngliches Recht braucht, da es nicht von anderen ihm vorausgehenden subjektiven Rechten abstammt, nicht die Legitimität seines Stammbaums nachzuweisen, es wurzelt unmittelbar in der allgemeinen, objektiven Rechtsordnung.

Derartige ursprüngliche (originäre) Erwerbsarten sind Occupation, Specification, Usucapion, Accession[1]) (für das Eigenthum), ferner Begründung einer Forderung durch Vertrag oder Delikt, die bisher noch gar nicht bestand. Schliess-

[1]) „Zwar erwirbt man bei der Ersitzung und Specification und oft auch bei der Accession eine Sache ins Eigenthum, die vorher einem Andern gehörte; aber man erwirbt sie nicht dadurch, dass man in das Recht des Andern eintritt; sein Eigenthum geht nicht auf den Ersitzenden u. s. w. über, sondern dieses erlischt durch die Ersitzung und man erwirbt das Eigenthum der Sache in selbständiger Weise ganz unabhängig vom früheren Eigenthümer und seinem Rechte und es ist gleichgültig, ob sie Jemandem oder wem sie früher gehört hat.“ (Wächter, Pand. I § 68 n. 12.) Ein Beispiel bildet auch der unmittelbar *ex lege* erfolgende Eigenthumserwerb der Grundstückseigenthümer an der Hälfte des auf seinem Grundstücke gefundenen Schatzes.

lich haben alle subjektiven Rechte einen solchen originären Entstehungsgrund gehabt, und wenn der Beweis eines subjektiven Rechtes in Frage steht, kann er endgültig erst durch den Nachweis seiner originären Entstehung zu irgend einer Zeit bei einem Rechtsvorgänger geführt werden.

Bei allen veräusserlichen Rechten steht nämlich im Gegensatz zu dieser originären Erwerbsart der Erwerb durch Succession (Rechtsnachfolge) oder der derivative (abgeleitete) Erwerb: In den Fällen des abgeleiteten Erwerbes hat ein subjektives Recht desselben Inhalts schon in einer anderen Person bestanden und eben dieses schon bestehende subjektive Recht wird nun als ideales Objekt auf eine andere Person übertragen, letztere kann sich nicht unmittelbar auf die allgemeine Rechtsordnung und eine von dieser zur Entstehung ihres Rechtes gegebene Thatsache berufen, sondern nur mittelbar durch Bezugnahme auf ihren Rechtsvorgänger (*auctor*). Die Rechtsnachfolge ist entweder Gesammtnachfolge oder Einzelnachfolge (Universal- oder Singularsuccession).

Das Wesen der Gesammtnachfolge liegt darin, dass man in das Vermögen einer Person, also in eine Einheit von subjektiven Rechten (und Verbindlichkeiten) zufolge einer einzigen juristischen Thatsache eintritt und durch diesen einen Akt alle einzelnen zum Vermögen gehörigen Rechte erwirbt, also zum Erwerb der einzelnen Vermögensbestandtheile nicht besonderer Erwerbsakte bedarf.[1]) Der Hauptfall der Gesammtnachfolge ist die Erbschaft und das Universalvermächtniss. — Singularsuccession (Einzelnachfolge, auch Sondernachfolge genannt) ist dagegen vorhanden, wenn man in einzelne Rechte oder einzelne Verbindlichkeiten eines Anderen als solche eintritt, so dass Jedes für sich durch eine besondere

[1]) Dabei ist zu beachten, dass es auch eine Universalsuccession ist, wenn man durch eine (juristische) Thatsache bloss in eine Quote (in einen Bruchtheil, einen intellektuellen Theil) des Vermögens tritt. Universalnachfolger im juristischen Sinne ist nicht nur, wer allein ein ganzes Vermögen erbt, sondern auch wer mit Anderen zusammen zu einer durch die Zahl seiner Miterben bestimmten Quote in das Gesammtvermögen eintritt, er ist Universalnachfolger *pro parte indivisa*.

juristische Thatsache, durch einen besonderen juristischen Akt übertragen und erworben werden muss. Hierher gehören alle auf Uebertragung von Rechten gerichtete Rechtsgeschäfte unter Lebenden, wie Tradition, Cession, und die Singularvermächtnisse von Todeswegen. Eine Unterart dieses abgeleiteten Erwerbes bildet die Bestellung eines neuen Rechtes für einen Anderen aus dem Inhalte der schon bestehenden Rechtsmacht, z. B. durch Begründung eines Pfandrechtes, einer Dienstbarkeit; hier werden Befugnisse, die als solche schon bestanden haben, abgezweigt, um zu einem in dieser besonderen engeren Fassung neuen Rechte zusammengefasst auf den Rechtsnachfolger übertragen zu werden. Letztere Art des derivativen Erwerbes nennt man, *quia jus novum constituitur*, constitutiv im Gegensatz zum im engeren Sinne translativen Rechtserwerb, wo das erworbene Recht schon in dieser besonderen Form beim Rechtsvorgänger existirt hat, Eigenthum als Eigenthum, Pfandrecht als Pfandrecht, Forderung als Forderung ohne Aenderung seines Inhaltes übergeht. —

Für alle Fälle des derivativen Erwerbes gilt der Grundsatz: *nemo plus juris in alium transferre potest, quam ipse habet*, d. h. wenn dem *auctor* das Recht, das sein Nachfolger von ihm herleitet, gar nicht zustand, so kann natürlich der Nachfolger es auch nicht erwerben, und wenn es ihm zwar zustand, aber beschränkt (durch bereits constitutiv übertragene *jura in re*)[1]) oder mangelhaft (anfechtbar), so kann der Nachfolger es auch nur mit diesen Beschränkungen und Mängeln erwerben.

Das B.G.B. macht nur scheinbar im Interesse der Verkehrssicherheit von diesem Grundsatze Ausnahmen in den

[1]) Persönliche Verpflichtungen, Obligationen, welche der Rechtsvorgänger (*auctor*) in Beziehung auf das Recht oder die Sache, welche er auf Rechtsnachfolger übertrug, übernommen hatte, gehen im Falle der Einzelnachfolge nicht mit über; denn Schulden sind nicht Lasten oder Beschränkungen, die auf dem übertragenen Gegenstande haften, sondern verpflichten bloss die Person des *auctor*. Anders ist dies natürlich bei der Gesammtnachfolge, da hier der Nachfolger in das als Einheit von Rechten und Verbindlichkeiten zu denkende Vermögen succedirt.

unten citirten §§.[1]) Man kann diese Ausnahmefälle aber als originäre Erwerbsarten in derivativem Gewande bezeichnen; die hinreichende Ursache des Rechtserwerbs ist bei ihnen lediglich der gute Glaube des Erwerbers, in ihm und aus der ihn zu einem selbständigen Erwerbsgrunde stempelnden Rechtsordnung hat der Rechtserwerb seinen eigentlichen Ursprung (*origo*), nicht in dem Uebertragungsakt; allerdings letzterer muss hinzukommen, um den guten Glauben zu begründen. Diese Auffassung dürfte sogar vor der üblichen den Vorzug verdienen, da eigentlich der Satz: *nemo plus juris transferre potest quam ipse habet* eine logische Wahrheit ist, die als solche keine Ausnahme zulässt. Wir haben eine Analogie dafür innerhalb des Pandektenrechts bei dem allerdings nicht ganz unbestrittenen Satze vom Eigenthumserwerb des gutgläubigen Besitzers an den Früchten.[2]) Eine andere ebenfalls scheinbare Ausnahme von dem gedachten Grundsatze bot das römische Recht in der *l.* 2, 3 *Cod. de quadrienn praescr.* 7, 37, der zufolge der Fiskus, der Regent und seine Gemahlin Eigenthum an Sachen „übertragen" können, die ihnen gar nicht gehören, sowie nicht dingliche Rechte an solchen Sachen Anderen gültig einräumen können, allerdings unter einer (binnen 4 Jahren verjährenden) Entschädigungspflicht; offenbar wird hier aber das neue Recht nicht eigentlich (derivativ) übertragen, sondern entsteht kraft einer besonderen Verfügungsmacht, kraft einer den Verfügungen Unberechtigter singulärer Weise vom Gesetze beigelegten besonderen Wirksamkeit. Im Bürgerlichen Gesetzbuch ist eine solche mit den in konstitutionellen Staaten über die Gewalt des Staates und der Regenten unvereinbar privilegirte Wirksamkeit privater Eingriffe derselben

[1]) § 932: „Durch eine nach § 929 erfolgte Veräusserung wird der Eigenthümer auch dann Eigenthümer, wenn die Sache nicht dem Veräusserer gehört, es sei denn, dass er zu der Zeit, zu der er nach diesen Vorschriften das Eigenthum erwerben würde, nicht in gutem Glauben war. — § 1207. 1. Analogie des § 932 bei Bestellung eines Pfandrechts durch den Nichtberechtigten. 1242, 1244, 2273. Bei unbeweglichen Sachen: §§ 892, 1138.

[2]) Wir werden darauf im Sachenrecht eingehender zurückkommen. Vgl. einstweilen Dernburg, Pand. I § 205 Note 9.

im Rechte Anderer nicht anerkannt worden; dagegen wird eine Verfügungsmacht Unberechtigter zu Gunsten dritter gutgläubiger Erwerber von ihm in sehr weitgehendem Umfange zugelassen. [1])

III. Wenn ein Recht, sei es originär oder derivativ, in der einen Person entsteht, muss — abgesehen von den Fällen des Erbgangs, wo die Person selber, die bis dahin Träger des Rechtes war, fortfiel und, abgesehen vom Falle eines originären Rechtserwerbes an Sachen, die bis dahin Niemandem gehörten (*res nullius*) — gleichzeitig immer ein Recht gleichen Inhalts in einer anderen untergehen, sofern nicht etwa das neue Recht ausnahmsweise vereinbar sein sollte mit der unbeschränkten bisherigen Machtvollkommenheit des Anderen in Ansehung der in Frage stehenden Interessensphäre. Hält man also logisch streng fest an dem Begriffe des subjektiven Rechtes als eines staatlich geschützten Interesses der bestimmten Person, so ist ein wesentlicher begrifflicher Unterschied zwischen dem originären und derivativen Erwerb in der Regel nicht gegeben. Denn genau genommen ist das, was bei sog. Rechtsübertragung übergeht, niemals das mit dem Subjekt begrifflich unlösbar verbundene subjektive Recht, sondern dessen Substanz, sein Inhalt oder Gegenstand. Begrifflich ist daher auch die Veräusserung von Rechten nur ein Sonderfall des Untergangs und der Entstehung von Rechten. Hieraus erklärt sich auch der weite Umfang, den der Begriff der Veräusserung (*alienatio*) im Pandektenrecht besitzt. Derselbe umfasst nämlich sowohl die unmittelbar mit einer Entstehung gleichinhaltlichen Rechtes in einer anderen Person verknüpfte sog. Uebertragung des Rechtes auf letztere durch Willenshandlung des bisher Berechtigten als auch den blossen Verzicht.

Wenn ein Gesetz, z. B. ein Veräusserungsverbot, von Veräusserungen spricht, ist genau zu untersuchen, ob es den weiteren oder engeren Begriff der Veräusserung voraussetzt. Ferner ist zu untersuchen, ob das Gesetz unter Ver-

[1]) Vgl. Note 1 auf S. 312. Vgl. ferner weiter unten § 2 S. 321 dieses Abschnittes.

äusserung nur den Verzicht auf ein bereits zustehendes Recht oder auch den Verzicht auf die blosse Erwerbsmöglichkeit eines solchen verstanden haben will. Beispielsweise fallen im Pandektenrecht unter die anfechtbare Veräusserung *in fraudem creditorum* nur die Verzichte auf erworbene Rechte, nicht also z. B. Nichtannahme einer Erbschaft. Dagegen ist beim Verbot der Veräusserungen von Pupillengut auch der blosse Verzicht auf eine Erwerbsmöglichkeit für ungültig erklärt in *L.* 5 § 8 *D. de rebus eorum qui sub tutela* 27, 9.[1])

Das Bürgerliche Gesetzbuch unterscheidet Uebertragung und Veräusserung von Rechten. Offenbar bildet der erstere Begriff eine Unterart des letzteren. Nach den Motiven (I. S. 128) bedeutet „Veräussern" regelmässig das Aufgeben der Substanz eines Rechtes (Uebertragung und Aufhebung eines Rechtes). „Soll die Belastung durch Bestellung eines dinglichen Rechtes mit getroffen werden, so ist die Belastung neben der Veräusserung besonders genannt" (Mot. a. a. O.). So in § 1136 B.G.B. An anderer Stelle bemerken die Motive (I. S. 213): „Der Begriff der Veräusserung umfasst im Allgemeinen nicht bloss das Aufgeben der Substanz eines Rechtes (Uebertragung und Aufhebung des Rechtes), sondern auch die Belastung eines Rechtes oder einer Sache. Der Entwurf gebraucht den Ausdruck Veräusserung der Regel nach nur in dem ersteren, engeren Sinne." — Darnach ist freilich ein allgemeingültiger Begriff der Veräusserung für das heutige bürgerliche Recht nicht aufstellbar, vielmehr bei jeder einzelnen Norm, wie insbesondere auch bei jedem besonderen Veräusserungsverbot zu untersuchen, welchen Sinn das Gesetz mit dem gebrauchten Worte verbindet.

Eine Veräusserung ohne gleichzeitige Uebertragung heisst Verzicht. Verzichten kann man nur auf Rechte, nicht auf Rechtssätze; wenn scheinbar oft eine andere Ausdrucksform

[1]) *L.* 28 *pr. D. de V. S.* 50. 16: *Qui occasione acquirendi non utitur, non intelligitur alienare, veluti qui hereditatem omittit optionem intra certum tempus dictum non amplectitur.*

Fundum autem legatum repudiare pupillus sine praetoris auctoritate non potest; esse enim et hanc alienationem, cum res sit pupilli (d. h. da die Sache ihm zusteht), *nemo dubitat.*

beliebt wird, z. B. früher Verzicht auf das *S. C. Vellejanum*, so ist immer nur ein Verzicht auf ein aus dem Rechtssatze erwachsenes subjektives Recht gemeint. Ebenso kann man nicht auf Rechtszustände, z. B. auf Verwandtschaft verzichten,[1] sondern nur auf bestimmte sich hieraus ergebende Rechte. Diejenigen Rechte, welche sich als Ausflüsse des Rechts der Persönlichkeit kennzeichnen, z. B. das Recht auf den (bürgerlichen) Namen, sind unverzichtbar (vgl. oben II. § 11 S. 148). Auch auf die Einrede des Betruges bezw. die *exceptio doli generalis* kann man nicht verzichten, überhaupt ist die Gültigkeit des Verzichts in allen Fällen ausgeschlossen, wo sie gegen die guten Sitten oder zwingendes Recht verstossen würde. Im übrigen kann man nicht nur auf schon erworbene Rechte, sondern auch auf zukünftige verzichten, d. h. versprechen, den Erwerb eines künftigen Rechtes auszuschlagen. Nach B.G.B. § 517 liegt eine Schenkung nicht vor, „wenn Jemand zum Vortheile eines Anderen einen Vermögenserwerb unterlässt oder auf ein angefallenes, noch nicht endgültig erworbenes Recht verzichtet oder eine Erbschaft oder ein Vermächtniss ausschlägt." Es ist darin also auch keine Veräusserung im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu erblicken (vgl. Motive II. 291): „In einem solchen Verzichte erblickt der Entwurf jedenfalls hier materiell keine Veräusserung." — In vielen Fällen ist der Verzicht eine einseitige, nicht empfangsbedürftige Willenserklärung; so nach römischem Rechte die Dereliction sowohl beweglichen, wie unbeweglichen Eigenthums, der Verzicht auf ein Servitut.[2] Nach dem B.G.B. § 928 kann jedoch Grundstückseigenthum rechtswirksam nur durch Erklärung auf dem Grundbuchamte und Eintragung des Verzichtes in das Grundbuch aufgegeben werden. Zur Aufhebung des Niessbrauchs an einer beweglichen Sache durch Rechtsgeschäft genügt nach § 1064 B.G.B. die Erklärung des Niessbrauchers gegenüber dem Eigenthümer oder dem Besteller, dass er den Niessbrauch aufgebe,

[1] *L.* 34 *D. de pactis* 2. 14: *jus agnationis non posse pacto repudiari non magis quam ut quis dicat nolle suum esse. Juliani sententia est.*

[2] Letzteres war indessen beim Niessbrauch streitig. Vgl. Dernburg, Pand. I § 254 n. 13.

— also eine einseitige, aber empfangsbedürftige Erklärung. Weitere Fälle dieser Art des einseitigen Verzichtes bietet § 276 (Verzicht des Finders), § 875 Verzicht auf ein Recht an einem Grundstücke.

Dereliction (Verzicht auf Besitz und Eigenthum) beweglicher Sachen ist auch nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch eine einseitige und nicht empfangsbedürftige, auch durch concludente Handlung vollziehbare Willenserklärung.

Dagegen ist nach § 397 B.G.B. Verzicht auf eine Forderung nur durch Vertrag mit dem Schuldner möglich. Auf Alimentenansprüche kann nach B.G.B. § 1614 „für die Zukunft nicht verzichtet werden".

Abgesehen von den Fällen, wo das Gesetz, wie §§ 875, 928, 1064, eine ausdrückliche Erklärung verlangt, kann natürlich ein Verzicht auch stillschweigend erfolgen; die blosse Nichtausübung eines Rechtes, Unterlassen eines Widerspruches kann in Verbindung mit anderen Momenten den Verzichtwillen erschliessen lassen, aber in der unterlassenen Geltendmachung bei Unbekanntschaft mit dem Rechte (sei es auch zufolge Rechtsirrthums) liegt niemals ein Verzicht. [1])

Sofern die Auslegung einen Verzicht zweifelhaft erscheinen lässt, ist gegen den Verzicht und in den Umfang des Verzichts einschränkendem Sinne zu interpretiren.

§ 2.

Das Rechtsgeschäft. Hauptarten der Rechtsgeschäfte. Ideale Concurrenz der Rechtsgeschäfte.

I. Der im vorigen Paragraphen gegebene allgemeine Begriff des Rechtsgeschäftes umfasst eine unbegrenzte Zahl von einzelnen Möglichkeiten; die bürgerliche Rechtsordnung hat allerdings den grössten Theil der möglichen Erscheinungsformen in bestimmten Geschäftstypen, die einen besonderen

[1]) *L. 8 D. de hered. pet. 5, 3: Legitimam hereditatem vindicare non prohibetur is qui, cum ignorabat vires testamenti, judicium defuncti secutus est.*

Namen tragen, wie Kauf, Miethe, Testament, Erbvertrag, Darlehen u. s. w. durch ihre grossentheils dispositiven (hypothetisch-ergänzenden), theils auch zwingenden Normen geordnet, lässt aber, da heutzutage der Grundsatz gilt: *pacta sunt servanda*, in noch weit höherem Grade, wie das römische Recht durch seine sog. Innominat-Contracte, daneben Spielraum für zahllose unbenannte wirksam auf Begründung, Aenderung oder Aufhebung subjektiver Rechte gerichtete Willenserklärungen.

Alle diese Privatwillenserklärungen lassen sich jedoch unter folgende Arten gruppiren:

1. Zu unterscheiden sind einseitige und zweiseitige (richtiger mehrseitige) Rechtsgeschäfte.

Einseitig sind alle Rechtsgeschäfte, deren Zustandekommen nicht eine Willensübereinstimmung zweier oder mehrerer Personen voraussetzt, z. B. das Testament, die Auslobung, die Kündigung, die Occupation (Aneignung), die Specification (Verarbeitung), Dereliction (Eigenthumsaufgabe) u. s. w.

Zweiseitige (oder mehrseitige) Rechtsgeschäfte heissen Verträge. Denn ein Vertrag im weitesten Sinne ist jede Willensübereinstimmung zweier (oder mehrerer) Personen: *pactum est duorum pluriumve in idem placitum consensus.* [1]) Unter Willensübereinstimmung hat man aber nicht die bloss innerliche „Harmonie der Meinungen und Absichten“, sondern die gegenseitig zum Bewusstsein gebrachte, erklärte Willenseinigung zu verstehen, die *conventio.* Allerdings kann die Erklärung auch „stillschweigend“, d. h. durch concludente Handlungen erfolgen, und dies und nichts anderes ist *tacitus consensus*, andernfalls würde dieser Ausdruck ein Pleonasmus sein. [2]). — Eine blosse Unterart des Vertrags ist der obliga-

[1]) *L.* 1 §§ 2, 3. *D. de pactis* 2. 14.

[2]) Der Verdienst, diese objective Seite des Vertragsbegriffes gegenüber der bis dahin in der Pandekten-Literatur vorherrschenden rein subjectiven Auffassung aus den Quellen schlagend nachgewiesen zu haben, gebührt Leonhard, Der Irrthum S. 11—56.

Dagegen hat Schlossmann, Der Vertrag, Leipzig 1876, die subjective Vertragsauffassung zum Anlass einer durchaus paradoxen Kritik und unhaltbaren Beanstandung des für die Rechtswissenschaft unentbehrlichen Vertragsbegriffes genommen.

torische, und es ist falsch, mit Vangerow[1]) den Vertragsbegriff auf obligatorische Verpflichtungen zu beschränken. Der Vertrag ist ein allgemeiner Begriff, der auf allen Rechtsgebieten zur Anwendung kommt; es gibt personenrechtliche, dingliche, familienrechtliche, erbrechtliche Verträge u. s. w., insbesondere auch abstracte Verträge, wie Tradition, Cession, die sich mit den verschiedensten concreten Verträgen verbinden, ohne selber irgend eine obligatorische Beziehung zu haben.

2) Neu und von besonderer Bedeutung für das Bürgerliche Gesetzbuch, ist die Eintheilung der Rechtsgeschäfte in empfangsbedürftige und nicht empfangsbedürftige. Empfangsbedürftig ist ein Rechtsgeschäft, bei dem die Willensäusserung, um eine Rechtswirkung zu erhalten, also um ein Rechtsgeschäft zu werden, an eine bestimmte Person,[2]) und zwar an eine geschäftsfähige Person gerichtet und dieser „zugegangen" sein muss. Während nach Pandektenrecht eine solche Willensäusserung nur dann als wirksam zu erachten ist, wenn sie zur Kenntniss des Anderen gelangt ist, will das B.G.B. die *in concreto* gegebene Möglichkeit auf Seiten des Anderen, sich diese Kenntniss anzueignen, der wirklich Kenntnissnahme gleichzusetzen. „Zugehen" bedeutet die Ankunft und das rechtliche Ergreifen der rechtsgeschäftlichen Willenserklärung. Vgl. Endemann, Einführung (3. Aufl.) S. 279. Entscheidend ist also der Zeitpunkt, in dem der Andere die in einer Urkunde (Brief, Depesche) enthaltene Erklärung erhalten, in Besitz genommen hat, auch ohne von dem Inhalt Kenntniss zu nehmen.[3]) — Dem „Zugehen" steht

[1]) Pandekten I § 121, III § 621.

[2]) Oder auch eventuell an ein Behörde.

[3]) Vgl. hierüber Zitelmann, Die Rechtsgeschäfte im Entwurf, Berlin (Guttentag) 1889 S. 100 ff. Das Bürgerliche Gesetzbuch stellt sich auf den Standpunkt der sog. Empfangstheorie. Nach den Motiven (I S. 157) soll auch eine stillschweigende Willenserklärung gegenüber einem Betheiligten nicht schon dann wirksam sein, wenn lediglich die den Willen offenbarende Thatsache sich vollzogen hat. „Voraussetzung der Wirksamkeit muss vielmehr sein, dass der Betheiligte von der betreffenden Thatsache Kenntniss erhalten hat."

Die II. Commission ging ebenfalls von der Ansicht aus, dass, soweit Willenserklärungen, welche einem Andern gegenüber abzugeben seien,

es gleich, wenn der Andere das Zugehen vorsätzlich oder grob fahrlässig gehindert hat. *Dolus pro facto est.* Vgl. Motive I, S. 157, *L.* 131. *D. de R. J.* 50, 17.

Als einseitige empfangsbedürftige Rechtsgeschäfte kommen beispielsweise in Betracht: Verzicht, Kündigung (§ 542), Ertheilung der Vollmacht (§ 167), Rücktritt vom Vertrage (§ 549). — Nicht empfangsbedürftige einseitige Rechtsgeschäfte sind: Testament, Aneignung (Occupation), Anerkennung eines Kindes durch den Ehemann (§ 1598) u. A.

Beim zweiseitigen Rechtsgeschäft (Vertrag) ist zu unterscheiden der Antrag und die Annahme, erstere ist empfangsbedürftig, letzterer nicht (§ 151, B.G.B.).

3) Eine andere Eintheilung, die für sämmtliche Rechtsgeschäfte Bedeutung hat, ist die in entgeltliche (lästige, onerose) und unentgeltliche (lucrative): erstere sind solche, bei denen man für das, was man durch das Geschäft erwerben soll, eine Gegenleistung (ein Aequivalent) zu geben hat, wie z. B. Kauf, Miethe, Tausch, Societät, letztere solche, durch die man Etwas erlangt, ohne dafür ein Aequivalent geben zu müssen, Schenkung, Vermächtniss und dergleichen.

4) Man unterscheidet Rechtsgeschäfte unter Lebenden (*negotia inter vivos*) und Rechtsgeschäfte von Todeswegen (*negotia mortis causa*).

5) Formelle und formlose Rechtsgeschäfte [1]): Formell sind diejenigen Rechtsgeschäfte, bei denen die Willenserklärung, um rechtliche Wirksamkeit zu erlangen, in einer gesetzlich bestimmten Weise erfolgen muss, formlos solche, die in beliebiger Weise, sei es durch Worte oder concludente Handlungen (stillschweigend) erklärt werden können. Wie das

überhaupt stillschweigend erfolgen können, bezüglich derselben gleichfalls die Empfangstheorie Platz zu greifen habe". Prot. S. 69.

Nach Regelsberger, Pandekten I § 150 A. 22 S. 553. Dernburg, Pandekten II § 11 A. 9 S. 31 ist übrigens die sog. Empfangstheorie nur als eine durch praktische Zweckmässigkeitsgründe modificirte Vernehmungstheorie zu rechtfertigen.

[1]) Ueber die Geschichte, die praktische Bedeutung und das Wesen sowie die Arten der Formen vgl. v. Ihering, Geist des röm. Rechts II § 45.

Pandektenrecht, so huldigt im Allgemeinen auch unser Bürgerliches Gesetzbuch dem Princip der Formfreiheit, von dem es nur in bestimmten Fällen aus praktischen, tendenziösen Gründen (tendenziöse Form,[1]) v. Ihering a. a. O., S. 504) Ausnahmen macht; § 125 B.G.B. bestimmt: „Ein Rechtsgeschäft, welches der durch Gesetz vorgeschriebenen Form ermangelt, ist nichtig." Das B.G.B. kennt folgende gesetzlich vorgeschriebene Formen: Schriftliche Errichtung des Rechtsgeschäftes (§§ 126, 127), gerichtliche oder notarielle Beurkundung (§ 128), öffentliche Beglaubigung (§ 129), öffentliche Urkunden (§§ 1718, 1720), ferner für Verträge: Errichtung vor Gericht oder Notar oder vor einer sonstigen Behörde bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Parteien (z. B. §§ 925, 1317, 1750, 2231).

Es kann auch eine besondere Form von den Parteien für einen Vertrag vereinbart sein. Für diesen Fall bestimmte die *l.* 17 *Cod. de fide instrumentor.* 4, 21 (Justinian), dass die Form im Zweifel als Bedingung der bindenden Kraft des Vertrages anzusehen sei. Dem entspricht S. 2 des citirten § 125 B.G.B.: „Der Mangel der durch Rechtsgeschäft bestimmten Form hat im Zweifel gleichfalls Nichtigkeit zur Folge."

6) Eine moderne Eintheilung der Rechtsgeschäfte ist endlich die in abstracte und kausale: man beschränkt diese Eintheilung zwar in der Regel auf solche Rechtsgeschäfte, die eine Vermögenszuwendung einschliessen und versteht dann unter kausalen solche, bei denen die Vermögenszuwendung nur gültig ist, wenn durch sie der vereinbarte oder erkennbar zur Bestimmung gesetzte rechtsgeschäftliche Zweck erreicht wird.[2])

Abstracte Rechtsgeschäfte sollen dann solche sein, für deren rechtliche Anerkennung von ihrer *causa*, ihrem Zwecke (Rechtsgrund) abstrahirt wird, sie sollen gültig sein, wenn auch

[1]) Den Gegensatz bildet die naive Form, welche aus dem Leben und dem Volke selbst hervorgegangen ist.

[2]) Beispiel: ich verspreche den Kaufpreis, um dadurch das Recht auf die Waare zu erhalten, ich stelle den Schuldschein aus wegen des erhaltenen Darlehens. Sofern hier der Zweck nicht erfüllt ist, fehlt es auch meiner Willenserklärung an einem wesentlichen Erfordernisse; sie ist ohne Rechtswirkung.

die *causa* (der Rechtsgrund) hinfällig ist; theilweise findet man die bindende Kraft der sogenannten abstracten Verträge in einer besonderen Form und bezeichnet sie dann als Formalverträge im Gegensatz zu den sogenannten Materialverträgen; theils aber, indem man neuerdings auch formlose abstracte Verträge anerkennen will, legt man das entscheidende Gewicht auf die angeblich bindende Kraft des sogenannten abstracten Willens. Diese ganze, von Bähr (in seiner Schrift: Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund) eingeführte Theorie hat aber nur zu einer praktisch höchst bedenklichen Begriffsverwirrung [1]) geführt, die dem früheren Pandektenrecht fremd war. Sie ist neuerdings mit theilweise sehr durchschlagenden Gründen angegriffen worden von Kindel, das Rechtsgeschäft und sein Rechtsgrund, eine Kritik der in dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich aufgenommene Lehre vom abstracten Vertrage. Berlin (Carl Heymann 1892). Der Rechtsgrund eines Rechtsgeschäftes ist die Gesammtsumme der durch dasselbe zu begründenden und zu lösenden oder zu sichernden Rechtsverhältnisse. Kein Rechtsgeschäft ist ohne Rechtsgrund denkbar und gültig. Richtig ist nur, dass a) gewisse Formalcontracte die Beweislast umkehren, sofern ihre Ungültigkeit wegen mangelnder *Causa* vom Gegner durch die Condiction oder Exception nachgewiesen werden muss, b) dass auch die causalose Tradition die Beweislast umkehrt und eine Verfügungsmacht (vgl. oben S. 313) in der Hand des unberechtigten Empfängers erzeugt. [2])

[1]) Mit Recht hat daher fast die ganze ausländische Jurisprudenz diesen Versuch zurückgewiesen, ein englischer Jurist (Markby) bemerkt mit Hinweis auf die sich daraus ergebende Consequenz, (mit Schlossmann) den Begriff des Vertrages und des Rechtsgeschäftes überhaupt zu streichen und alle Verbindlichkeiten auf Delicte oder Billigkeitserwägungen zu gründen: „*This would entail a stupendous modification of legal language and I do not venture to undertake it. Indeed I doubt, wether it would lead to any satisfactory result.*"

[2]) „Das Causalitätsprincip beherrscht in gleicher Weise die Erlassverträge, indem der Richter auch ihre Bedeutung unter Prüfung sämmtlicher zu begründenden und zu lösenden Rechtsverhältnisse und aller sich auf dieselben beziehenden Abreden und Umstände zu bestimmen hat. Die Acceptilation wirkt nur insofern an sich, als sie die Beweislast vollständig

Richtig ist ferner nur, dass gewisse Verträge, z. B. Tradition, Cession, Schenkung insofern als abstracte oder allgemeine bezeichnet werden können, als sie niemals im Leben für sich allein vorkommen, sondern sich stets an ein anderes concretes Rechtsgeschäft anschliessen, in dessen Ausführung oder durch dessen Ausführung sie verwirklicht werden. Den Gegensatz dazu bilden nicht die causalen, sondern die individuellen Rechtsgeschäfte, wie Darlehn, Kauf, Miethe u. s. w.

II. Wenn durch ein und dieselbe Handlung mehrere Strafgesetze, richtiger, mehrere Normen übertreten werden, beispielsweise durch den Ausguss von Waschwasser die *actio legis Aquiliae* und die *actio injuriarum* erwächst, so reden wir von idealer Concurrenz der Delikte. (§ 73 des R.St.G.B.) Bislang scheint nun völlig übersehen worden zu sein, dass eine solche ideale Concurrenz sich auch bei einem rechtsgeschäftlichen Thatbestande ergeben kann. Durch einen und denselben Act können mehrere Rechtsgeschäfte vorgenommen werden; je nach Verschiedenheit der juristischen Gesichtspunkte kann sich derselbe Act als ein verschiedenes Rechtsgeschäft qualificiren, so namentlich je nachdem es vom sachenrechtlichen oder obligatorischen Standpunkte betrachtet wird. (Duplicität des juristischen Gesichtspunktes.) Wenn z. B. A. dem B. ein Darlehn von 100 *M.* gibt, so kennzeichnet sich der Thatbestand sachen-

umkehrt, während die schriftliche Quittung nur den in ihr enthaltenen Rechtsgrund beweist. Folgerichtig wird der Rechtsgrund des Neuerungsvertrages (Novation) in der zu lösenden und in der zu begründenden Obligation erblickt, so dass er darnach zu beurtheilen ist. Mit dem Abrechnungsvertrage und dem anerkannten kaufmännischen Saldo wird die Rechtsvermuthung eines gültigen Constituts verknüpft.“ Kindel, a. a. O. IV. Auch die modernen Institute des Handelsrechts (Wechsel, Check, Warrant, Inhaberpapiere) beruhen auf dem Gedanken der Causalität und der Verfügungsmacht, das Rechtsverhältniss zwischen Schuldner und erstem Gläubiger, zwischen Veräusserer und erstem Erwerber bestimmt sich hier stets nach der vollen *Causa*, während allerdings im Verhältniss zu Dritten lediglich die Form und der gute Glaube entscheidend ist. Diese Grundsätze sind auch auf das Grundbuchrecht zu übertragen, so dass causalose Eintragungsbewilligungen und Eintragungen des Grundbuchrechts überhaupt nicht das Recht, sondern nur Rechtsvermuthung und Verfügungsmacht erzeugen.“

rechtlich als Tradition (genauer als Eigenthumsübertragung), obligatorisch als Darlehn; ebenso bei der Zahlung. Die verschiedenen Gesichtspunkte sind aber im Civilrecht (im Gegensatz zum Strafrecht, wo aus positiven Gründen eine andere Behandlung eintritt) völlig unabhängig von einander. Beispielsweise ist bei Zahlung einer Nichtschuld (*solutio indebiti*) der Act sachenrechtlich wirksam, obligatorisch aber nichtig, und aus dieser obligatorischen Nichtigkeit (wegen mangelnder *causa*) entspringt die *condictio*. Umgekehrt kann es an der Gültigkeit der Eigenthumsübertragung fehlen, wenn das Geschäft vom Standpunkte des Obligationenrechtes aus gültig ist. — Selbst der obligatorische Charakter eines und desselben Actes kann wieder ein mehrseitiger sein; z. B. können mehrere Obligationen durch einen und denselben Act getilgt werden.[1])

Diese mehreren in einem Acte verwirklichten Rechtsgeschäfte können auch mehrere Personen treffen, z. B. A., der dem B. schenken will, ersucht den C. ihm die Schenksumme zu leihen und gleich an B. auszuzahlen, C. beauftragt seinen Schuldner D. zur Tilgung der Schuld diese Summe an B. zu zahlen. (Hier vollzieht sich *uno momento* eine Schenkung zwischen A. und B., ein Darlehn zwischen A. und C., eine Zahlung zwischen C. und D.)[2]) Besondere Aufmerksamkeit

[1]) Diese Duplicität des Gesichtspunktes scheint mir Kindel in der oben n. 9 citirten Schrift § 29 zu übersehen. Die Condiction ist keine Klage aus der Nichtigkeit des Eigenthumsübergangs, sondern aus der Nichtigkeit des obligatorischen Geschäfts.

[2]) Beispiel: Zahlung eines Bürgen, Erfüllung einer testamentarischen Verkaufsverpflichtung: *L.* 44 *D. de solut.* 46, 3 (Marcianus): *In numerationibus aliquando evenit, ut una numeratione duae obligationes tollantur uno momento: veluti si quis pignus pro debito vendiderit creditori: evenit enim, ut ex vendito tollatur obligatio et debiti, item si pupillo, qui sine tutoris auctoritate mutuam pecuniam accepit, legatum a creditore fuerit sub ea conditione, si eam pecuniam numeraverit, in duas causas videri eum numerasse, et in debitum suum, ut in Falcidiam heredi imputetur, et condicionis gratia, ut legatum consequatur item si usus fructus pecuniae numeratae legatus fuerit, evenit, ut una numeratione et liberetur heres ex testamento et obliget sibi legatarium tantundem est et si damnatus fuerit alicui vendere vel locare: nam vendendo vel locando et liberatur ex testamento heres et obligat sibi legatarium.*

L. 3 § 11, 12. *i. f. D. de dote* 24, 1.

fordern solche Combinationen, wenn eines dieser Rechtsgeschäfte ungültig ist (z. B. im eben gedachten Falle würde, wenn B. Ehefrau des A., die Schenkung ungültig sein, nicht aber das Darlehn und die Zahlung).[1])

Nach § 139 B.G.B. ist das ganze Rechtgeschäft nichtig, wenn ein Theil eines Rechtsgeschäftes nichtig ist, wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Theil vorgenommen sein würde. Für die Auslegung dieses Paragraphen ist die Erkenntniss, ob ideale Concurrenz von mehreren Rechtsgeschäften oder ein einheitliches Rechtsgeschäft vorliegt, von Erheblichkeit. Im Falle der idealen Concurrenz ist § 139 B.G.B. nicht anwendbar; das eine Rechtsgeschäft wird durch die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit des anderen nicht berührt.

§ 3.

Ungültigkeit (Nichtigkeit und Anfechtbarkeit) der Rechtsgeschäfte, Convalescenz, Simultaneität des Thatbestandes, Bestätigung.

I. So richtig es ist, dass ein Rechtsgeschäft eine auf gewisse Rechtswirkungen gerichtete Willenserklärung ist, dass also der Privatwille, die Autonomie durch das Rechtsgeschäft gewisse Rechtsfolgen setzt, ebenso richtig ist es, dass diese Rechtsfolgen andrerseits durch die objective Rechtsordnung bedingt sind. Nicht alle Privatwillenserklärungen, die Rechtseffekte bezwecken, erreichen ihren Zweck. Denn die Rechtsordnung versagt es ihnen. Zunächst fordert die Rechtsordnung

Si quis igitur nummos uxori dederit, non fieri ejus apparet, quia nihil corporis ejus fieri palam est.

Sed si debitorem suum ei solvere jusserit, hic quaeritur, an nummi fiant ejus debitorque liberetur et Celsus libro quinto decimo digestorum scribit videndum esse, ne dici possit et debitorem liberatum et nummos factos mariti, non uxoris: nam et si donatio jure civili non impediretur, eum rei gestae ordinem futurum, ut pecunia ad te a debitore tuo, deinde a te ad mulierem perveniret: nam celeritate conjungendarum inter se actionum unam actionem occultari, ceterum debitorem creditori dare, creditorem uxori.

[1]) Vgl. *l.* 9 § 1 *D.* 12, 4 *l.* 12 § 1 *l.* 26 § 3 *mandati* 17, 1 *l.* 5 § 2 *l.* 19 *D. de jure dot.* 23, 3 *l.* 38 § 2 *l.* 64 *D. de solut.* 46, 3.

Erfüllung gewisser thatsächlicher Erfordernisse, ohne welche sie die von den Parteien beabsichtigten Rechtsfolgen nicht gewährleistet. Diese wesentlichen Erfordernisse, die den gesetzlichen Thatbestand eines Rechtsgeschäftes bilden, sind die sog. *essentialia negotii.* Ausserdem aber untersagt vielfach die Rechtsordnung auch dann noch, wenn jene gesetzlichen Thatbestandsmomente gegeben sind, aus besonderen Gründen die Rechtswirkung, z. B. weil sie die weiteren Zwecke, die durch Vermittlung dieses Rechtsgeschäftes verfolgt werden, missbilligt. (Verbotsgesetze.) Allgemein versagt die Rechtsordnung denjenigen Rechtsgeschäften ihre Anerkennung, die gegen die guten Sitten verstossen. Geschäfte, denen die Rechtsordnung ihre Anerkennung versagt, die also keine Rechtswirkungen erzeugen, sind keine eigentlichen Rechtsgeschäfte, man bezeichnet sie nur in Anpassung an den äusseren Schein als solche, und es ist nur eine sprechliche Bequemlichkeit, eine logisch ungenaue Wendung, wenn man von ungültigen Rechtsgeschäften spricht. Die Römer nannten sie richtiger *negotia nulla, negotia nullius momenti.* Nichtigkeit und Ungültigkeit sollte eigentlich dasselbe bedeuten. Doch hat man in der Jurisprudenz dem Worte Ungültigkeit einen weiteren Sinn gegeben, indem es auch den gleich zu bestimmenden Begriff der Anfechtbarkeit umfasst. Diejenigen Rechtsgeschäfte, denen die objective Rechtordnung, sei es nun, weil ihnen ein Essentiale am geforderten Thatbestand fehlt, sei es weil sie gegen ein Verbotsgesetz oder die guten Sitten verstossen jede Anerkennung (Geltung) versagt, bezeichnet man als nichtig, andere, denen sie im Interesse bestimmter Personen diesen gegenüber wegen eines sonstigen Mangels die Wirkung nimmt, falls sich diese Personen auf den Mangel berufen, als anfechtbar. Empfehlenswerther wäre es wohl, da ein Unterschied zwischen Ungültigkeit und Nichtigkeit dem allgemeinen Sprachgebrauch widerspricht, statt von ungültigen Geschäften überhaupt von mangelhaften Rechtsgeschäften zu reden, die Rechtswirkungen der Mangelhaftigkeit aber als Nichtigkeit (Ungültigkeit) oder Anfechtbarkeit zu unterscheiden. Doch entspricht nun einmal dem bisherigen juristischen Sprachgebrauch die Subsumtion der Nichtigkeit

und Anfechtbarkeit unter dem gemeinsamen Namen: „Ungültigkeit“. Nichtigkeit ist, wie sich aus dem Begriff des Rechtsgeschäftes ergibt, eine objective (negative) Thatsache, auf die sich Jedermann berufen kann; es ist nicht das besondere Vorrecht einer Partei, sie geltend zu machen. Als solche Thatsache lässt sie sich auch nicht durch Verzicht beseitigen. Anfechtbarkeit dagegen ist ein dem Rechtsgeschäfte anhaftender Mangel, der sein Dasein zunächst nicht negirt, den aber bestimmte, dazu berechtigte Personen geltend machen können, und zwar mit der Wirkung, dass ihnen gegenüber das Rechtsgeschäft als wirkungslos behandelt wird und dass etwaige schon ins Dasein getretene Wirkungen in ihrem Interesse wieder aufgehoben werden. Die Form, in der dieses Anfechtungsrecht ausgeübt wird, kann sehr mannigfaltig sein, das Pandektenrecht kennt die *exceptio*, die *restitutio in integrum*, die Recissionsklage u. s. w.

Dieser logisch verständliche Gegensatz ist leider neuerdings durch die Aufstellung eines Mittelbegriffs, der sog. relativen Nichtigkeit etwas verdunkelt worden. Rein logisch ist ein solcher Begriff nicht haltbar; denn ein Ding, also auch ein Rechtsgeschäft, besteht entweder oder besteht nicht, es kann nicht für den einen bestehen, für den andern nichtbestehen. Die sog. relative Nichtigkeit ist also nur als eine besondere Form entweder der Nichtigkeit oder der Anfechtbarkeit zu rechtfertigen. Will man Ersteres behaupten, so muss man mit Dernburg, Pand. I. § 120 sagen, dass unter Umständen „Erwägungen der Zweckmässigkeit, der Billigkeit, der guten Ordnung dahin führen können, gewissen Personen die Geltendmachung von Nichtigkeiten abzuschneiden und sie anderen allein zu eröffnen.“ Mir erscheint es mit Regelsberger, Pand. I. § 174 n. 19; Mitteis, Dogmat. Jahrb. 28 n. 3 u. A.[1]) als richtiger, die sog. relative Nichtigkeit als besondere Form der Anfechtbarkeit aufzufassen und für eine wissenschaftlich unexacte Ausdrucksform, die allerdings vielfach gesetzlich [2]) genommen worden ist, zu erklären.

[1]) Vgl. auch Brandis in Lindes Zeitschr. Bd. 7 n. 4. Dagegen Windscheid, Bd. 1 § 82 n. 8.

[2]) z. B. R.K.O. § 6.

Schon die römischen Rechtsquellen haben ihre Ausdrücke für Nichtigkeit (*negotium nullum, negotium nullius momenti*) nicht immer streng von der blossen Anfechtbarkeit ferngehalten.[1])

Das Bürgerliche Gesetzbuch bietet glücklicher Weise keine Veranlassung, den Zwitterbegriff der relativen Nichtigkeit zu conserviren.[2])

1. Fälle der Nichtigkeit wegen Mangels wesentlicher Voraussetzungen bieten § 105 I. (die Willenserklärung eines Geschäftsunfähigen ist nichtig), § 125 (Nichtigkeit wegen Mangels der gesetzlichen Form), § 117 (Nichtigkeit des Scheingeschäfts). Nach § 134 ist nichtig ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstösst, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein Anderes ergiebt. Der Paragraph entspricht der römischen *l.* 5 *Cod. de leg.* 1. 14.[3]) Er gibt eine blosse Auslegungsregel und noch dazu eine überflüssige, die nicht im Mindesten die Prüfung des Sinnes bei jedem einzelnen Gesetz erspart. Vgl. oben S. 29 (I. 85). Nach § 138 ist das gegen die guten Sitten verstossende Rechtsgeschäft nichtig. Vgl. darüber oben S. 31 (I. 85). Nichtig ist insbesondere ein Rechtsgeschäft, das den einen Theil im weitesten Sinne (Sachwucher) bewuchert, d. h. durch das Jemand unter Ausbeutung der Nothlage, des Leichtsinns oder Unerfahrenheit eines Anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvortheile versprechen oder gewähren lässt, welche den Werth einer Leistung dergestalt übersteigen, dass den Um-

[1]) z. B. *l.* 16 § 1 *D.* 4, 4 *l.* 3 § 3 *D.* 17, 2 *l.* 22 *D.* 42, 8. Umgekehrt wird zuweilen auch der Ausdruck *rescindere* von dem nichtigen Rechtsgeschäft gebraucht, z. B. *l.* 7 § 16 *D.* 2, 14 *l.* 64 § 1 *D.* 35, 1.

[2]) So durchaus richtig Endemann, Einführung in das B.G.B. (3. Aufl. S. 318).

[3]) *nullum enim pactum, nullam conventionem, nullum contractum inter eos videri volumus subsecutum, qui contrahunt lege contrahere prohibente. Quod ad omnes etiam legum interpretationes tam veteres quam novellas tratis generaliter imperamus.*

Vgl. hierzu Kuhlenbeck, Rechtsprechung I S. 251 ff. Endemann, Civilrechtliche Wirkungen der Verbotsgesetze S. 114 ff. Kohler im Archiv f. Bürgerliches Recht V S. 231 ff.

ständen nach die Vermögensvortheile in auffälligem Missverhältnisse zu der Leistung stehen (§ 139, 2). Diese Bestimmung enthält einen bedeutsamen Fortschritt über das Pandektenrecht hinaus, und nicht nur über dieses, sondern auch über das Reichsgesetz vom 19. Juni 1893,[1]) bezw. § 302, 1 des St.G.B., da sie von der Voraussetzung des gewerbs- und gewohnheitsmässigen Wuchers Abstand nimmt; in der Rechtsprechung wird sie ausserordentlich segensreiche Dienste leisten können.

Ist ein Theil eines (einheitlichen) Rechtsgeschäftes nichtig, so ist das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Theil vorgenommen sein würde (§ 139). Man vergleiche damit die *L.* 178 *D. de R.* 7, 50, 17 [2]) einerseits und die *L.* 185 *D. de V. O.* 45, 1 [3]) andrerseits. Ferner aber verweise ich auf meine oben § 2 i. f. (S. 324) gemachte Bemerkung; ein nichtiges Rechtsgeschäft kann durch die Duplicität des rechtlichen Gesichtspunktes gerettet werden.

Man bezeichnet diese Rettung als *conversio actus juridici.* Dieselbe ist freilich nur auf die Nichtigkeit wegen mangelnder wesentlicher Voraussetzungen anwendbar. Sie beruht auf der Erwägung, dass für das eine Rechtsgeschäft (x) der vorliegende Thatbestand (a + b) ausreichend ist, während für das andere (zunächst gewollte) (z) noch ein weiterer Thatbestandsmoment (e) hinzutreten musste: ist nun z wegen Mangels des e ungültig, so bleibt immer noch x durch a + b gegeben. Erforderlich ist aber, dass die Willensrichtung, die auf z ging, x als *minus* einschliesst. Beispiele bieten die Pandekten in *l.* 8 *pr. D. de acceptilat.* 16, 4, *l.* 184 *D. de comt. pec.* 13, 5, *L.* 5 *pr. D.*

[1]) Die civilrechtlichen Bestimmungen dieses Gesetzes, § 5, sind durch Art. 47 des Einf.Ges. zum B.G.B. aufgehoben.

[2]) *Cum principalis causa non consistat, plerumque ne. ea quidem, quae sequuntur, locum habent.*

[3]) *Sed si mihi Pamphilum stipulanti tu Pamphilum et Stichum spoponderis, Stichi adjectionem pro supervacuo habendum puto, nam si tot stipulationes, quot corpora, duae sunt quodammodo stipulationes, una utilis, alia inutilis, neque vitiatur utilis per hanc inutilem.*

de resc. vend. 18, 5. Ein besonderes Beispiel ist endlich die Codicillarklausel: fehlt es an den Erfordernissen eines Testamentes, so soll die letztwillige Verfügung als Codicill gelten. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat die Conversion in dem § 140 anerkannt: „Entspricht ein nichtiges Rechtsgeschäft den Erfordernissen eines anderen Rechtsgeschäftes, so gilt das letztere, wenn anzunehmen ist, dass dessen Geltung bei Kenntniss der Nichtigkeit gewollt sein würde“.

2) Das anfechtbare Rechtsgeschäft ist nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch als ein resolutiv bedingtes zu betrachten; wird es angefochten, so soll es nach § 142 als von Anfang an nichtig anzusehen sein. Die Anfechtung hat also rückwirkende Kraft. Doch werden Dritte, die von demjenigen, der durch das anfechtbare Rechtsgeschäft ein Recht erworben hat, dieses Recht selbst oder andere derivative Rechte erwerben, durch die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches zu Gunsten der gutgläubigen Erwerber geschützt. (§§ 932 ff., 1007, 1208, 1244, 1278 bei beweglichen Sachen, §§ 892, 1138, 1155 bei Grundstücken).

Zur Anfechtung genügt nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche § 143 in der Regel eine formlose (mündliche oder schriftliche) Willenserklärung, während nach Pandektenrecht stets eine gerichtliche Handlung, Klage oder Einrede, erforderlich ist.

Sie erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Anfechtungsgegner von Seiten der Anfechtungsberechtigten. Die Erklärung muss lediglich den Willen zum Ausdruck bringen, dass das Rechtsgeschäft unwirksam sein soll; die Wahl des Ausdrucks ist nicht vorgeschrieben, insbesondere braucht der technische Ausdruck, man fechte das Rechtsgeschäft an, nicht angewandt zu werden. Die Anfechtungserklärung gehört aber zu den sog. empfangsbedürftigen Willenserklärungen, sie ist zu erklären gegenüber dem Anfechtungsgegner d. h. a) wenn ein Vertrag angefochten wird, gegenüber der anderen Vertragspartei, b) wenn ein einseitiges empfangsbedürftiges Geschäft angefochten wird, gegenüber der Person, der gegenüber das Geschäft vorzunehmen war, z. B. beim Verzicht gegenüber der Person, der gegenüber verzichtet war, c) wenn ein nicht empfangsbedürftiges Geschäft angefochten wird, gegenüber jedem, der

auf Grund des Geschäftes unmittelbar einen rechtlichen Vortheil erlangt hat, z. B. bei Dereliction gegenüber dem, der die Sache als herrenlos in Besitz genommen hat.

Handelt es sich um Anfechtung einer Willenserklärung, die gegenüber einer Behörde abzugeben war, z. B. Dereliction einer unbeweglichen Sache (§ 928, Grundbuchamt), so muss auch die Anfechtungserklärung gegenüber dieser Behörde erfolgen, welche dann die Anfechtung demjenigen mittheilen soll, der durch das Rechtsgeschäft unmittelbar betroffen worden ist. Uebrigens können nicht nur Rechtsgeschäfte, sondern auch gesetzliche Vermuthungen und darauf begründete Rechtszustände „angefochten" werden, z. B. die Ehelichkeit eines Kindes. In diesem Falle aber genügt die formlose Erklärung nicht, wird vielmehr entweder (bei Lebzeiten des Kindes) eine Anfechtungsklage, oder (nach dem Tode des Kindes) eine in öffentlicher Form gegenüber dem Nachlassgericht abzugebende Erklärung gefordert. Vgl. oben I, § 92, S. 164 ff. (§§ 1596, 1597 B.G.B.).

II. Convalescenz, Simultaneität (Präsenz) und successives Eintreten des Thatbestandes: Nach ursprünglich scheinbar natürlicher Auffassung müssen die sämmtlichen wesentlichen Voraussetzungen eines Rechtsgeschäfts in dem nur einheitlich zu denkenden Acte seiner Vornahme zusammentreffen, es wird Simultaneität des Thatbestandes gefordert, und dieses war auch der Standpunkt des älteren römischen Rechtes; eine spätere Nachholung des in dem Momente des Geschäftsabschlusses vorhandenen Mangels kann darnach diesem nicht später zur Gültigkeit verhelfen; was todtgeboren ist, bleibt todtgeboren.[1])

[1]) Vgl. v. Ihering, Geist des röm. Rechts IV (II. Buch 1. Absch. § 53, 54) S. 157: „Was nützt es dem Jäger, der im Moment, wo er schiessen soll, zwar ein Gewehr, aber kein Pulver hat, dass er früher Pulver gehabt hat oder es später bekommen wird?" Hierauf bezieht sich die Regel *L.* 210 *de R.* 7, 50, 17: *ex postfacto convalescere non potest. L.* 41 § 2 *de leg. I* (30). Für die Stipulation *l.* 26 *de stip. serv.* 45, 3: *ex praesenti vires accepit. l.* 78 *pr. de V. O.* 45, 1: *id tempus spectatur, quo contrahimus. l.* 83 § 5 *l.* 137 § 6 *ibid. l.* 144 § 1 *de R. J.* 50, 17. Für Vermächtnisse die *regula Catoniana l.* 1 *pr. de reg. Cat.* 34, 7 *l.* 41 § 2 *de leg. I* (30).

Doch hat das spätere Recht sich dieses Vorurtheils entschlagen und die Anticipation eines späteren Thatumstandes, das successive Eintreten der Essentialien im Allgemeinen für zulässig erklärt.[1]) „Verstattet man einmal die Anticipation des Rechtsgeschäftes, so drängt die Consequenz mit Nothwendigkeit auch zur Zulassung der Ratihabition und Convalescenz desselben. — Alle diese drei Begriffe sind aufs Engste mit einander verwandt; sie beruhen sämmtlich auf dem Gedanken der successiven Entstehungsweise". (v. Ihering, a. a. O.)

Convalescenz ist Gültigwerden eines Rechtsgeschäftes positiv durch blosses objectives Eintreten eines bei Errichtung noch fehlenden Thatbestandsmomentes oder negativ durch Fortfall eines Hindernisses ohne Rücksicht auf den Willen des Disponenten. Beispiele: Ein Nichteigenthümer bestellt eine Servitut oder ein Pfandrecht und erwirbt hinterher, ohne bewusste Beziehung auf jene mangels seines Eigenthums nichtige Bestellung der *jura in re* das Eigenthum. Hatte er bei dem Bestellungsact bereits den Eigenthumserwerb im Auge, so lag eine Anticipation vor.

Umgekehrt bezeichnet Ratihabition (Bestätigung) Nachholung eines Mangels, der ein Rechtsgeschäft nichtig oder anfechtbar macht, durch den constitutiven Willen des Subjectes. Bei solcher Nachholung eines Mangels sind aber zwei verschiedene Absichten der Parteien möglich: entweder neuer Abschluss des Rechtsgeschäftes mit demselben Inhalte, so dass alle Wirkungen erst von nun ab datirt werden oder eine Genehmigung des alten Geschäftes in dem Sinne und mit der Wirkung, dass letzteres dieselben Wirkungen äussern soll, als ob es schon früher geschlossen wäre. Letztere Art der Auslegung wird als rückwirkende Kraft der Bestätigung bezeichnet. Der Ausdruck ist freilich logisch angreifbar; der Wille äussert

[1]) Vor allem auf dem Gebiete des Realcredits. Man kann den Act der Verpfändung vornehmen „zu einer Zeit, wo noch alle und jede Voraussetzungen zum Pfandrecht fehlen: die Forderung, der Gegenstand, das Eigenthum des Verpfänders — ein nackter, abstracter Act, ein leerer Beutel, ein Rechtsgeschäft *in blanco*" (v. Ihering a. a. O.).

hier keine Wirkung in die Vergangenheit, sondern erst von jetzt ab, aber er will, dass nunmehr dieselben Wirkungen eintreten, die eingetreten sein würden, wenn das Geschäft von Anfang an gültig gewesen wäre. Das analoge Verhältniss hatten wir bereits oben I, S. 45, bei Gesetzen, (— rückwirkende Kraft eines Gesetzes, authentische Interpretation, ficticische Rückdatirung).

Im römischen Recht wird die Rückwirkung der Ratihabition in diesem Sinne zweifellos als Regel anerkannt,[1]) ist aber an folgende Voraussetzungen gebunden: a) der frühere Mangel muss gehoben, das gesetzliche Hinderniss beseitigt sein,[2]) b) das Rechtsverhältniss, der bestätigt werden soll, muss völlig der Dispositionsbefugniss des Bestätigenden unterliegen, beispielsweise wird ein vor der Ehe geborenes Kind im Fall der Bestätigung einer Ehe (*l.* 25 *Cod. cit.* 5, 16) nicht ehelich.[3]) Die Rückwirkung kann darnach ein Hinderniss finden entweder an einem zwingenden Gesetze oder auch an inzwischen wohlerworbenen Rechten dritter Personen.[4]) Im übrigen ist es nach römischem Recht gleichgültig, ob das Rechtsgeschäft nichtig oder anfechtbar: die rückwirkende Kraft gilt in beiden Fällen.[5]) Die Form der Ratihabition kann eine ausdrückliche oder stillschweigende [6]) sein.

[1]) Vgl. Dernburg, Pand. § 84, Windscheid, I § 74, L. Seuffert, Die Lehre von der Ratihabition der Rechtsgeschäfte 1868, Bertolini, *la ratifica degli atti giuridici nel diritto Romano* 1889.

[2]) *L.* 65 § 1 *D.* 23, 1 *l.* 25 *Cod.* 5, 16 *l.* 1 *Cod.* 2, 46 *l.* 10 *D.* 36, 1.

[3]) *L.* 65 § 1 *D.* 23, 1 *l.* 11 *D. de statu homin.* 1, 5.

[4]) *L.* 16 § 1 *D. de pignor.* 20, 1: *Si nesciente domino res ejus hypothecae data sit, deinde postea dominus ratum habuerit, dicendum est, hoc ipsum quod ratum habet, voluisse eum retro recurrere* (oder *hoc ipso q. r. h. v. e. r. recurrere ratihabitionem*) *ad illud tempus, quo convenit. voluntas autem fere eorum demum servabitur, qui et pignori dare possunt.*

L. 8 *Cod. de nuptiis* 5, 4 *l.* 7 *pr. Cart. ad S. C. Maced.* 4, 28 *l.* 25 *inf. C. de donat. inter vir.* 5, 16. Ein Mann, der seiner Ehefrau Sachen schenkte, die dem H. gehörten, ratihabirt nach Trennung der Ehe und beendeter Usucapionszeit: die Rechte des H., dessen Sachen bisher nicht usucapirt werden konnten, da der *titulus pro donato* nicht bestand, werden durch diese *ratihabitio* nicht berührt. *l.* 1 § 2 *l.* 4 *pro donato* 41, 6.

[5]) *L.* 3 *Cod.* 5, 74 *l.* 1 § 1 *Cod.* 1, 53.

[6]) z. B. Fortsetzung der Ehe nach Aufhebung des Hindernisses *l.* 65

Nicht nur die Begründer des Rechtsgeschäftes, auch dritte Personen können ein ungültiges Rechtsgeschäft ratihabiren: a) wenn das Geschäft von vornherein auf ihren Namen abgeschlossen worden ist, *negotiorum gestio*. In diesem Falle wird die rückwirkende Kraft durch den Satz ausgedrückt: *ratihabitio mandato comparatur*. Doch kann auch in diesem Falle die Ratihabition nicht die Rechte Dritter beeinträchtigen, und wenn das Gesetz die Vornahme der Handlung an eine Frist geknüpft hat, muss die Ratihabition innerhalb der Frist erfolgen.[1]) b) wenn der Begründer des Rechtsgeschäfts zwar im eigenen Namen gehandelt hat, die wirksame Vornahme aber an die Mitwirkung der dritten Person geknüpft war. Der Consentient ist dann nicht als Subject des Rechtsgeschäfts zu betrachten.[2])

Das Bürgerliche Gesetzbuch bezeichnet die Ratihabition eines nichtigen oder anfechtbaren Geschäftes durch denjenigen, der es vorgenommen hat, als Bestätigung, dagegen den letztgedachten Fall der Ratihabition durch einen Dritten (a + b) als Genehmigung. Scheinbar verneint es beim nichtigen Geschäft die rückwirkende Kraft der Bestätigung in § 141 S. 1: „Wird ein nichtiges Rechtsgeschäft von demjenigen, welcher es vorgenommen hat, bestätigt, so ist die Bestätigung als erneute Vornahme zu beurtheilen.“ Allein in dem oben vertretenen obligatorischen Sinne bejaht es die Rückwirkung dennoch in S. 2 § 141: „Wird ein nichtiger Vertrag von den Parteien bestätigt, so sind diese im Zweifel verpflichtet, einander zu gewähren, was sie haben würden, wenn der Vertrag von Anfang an gültig gewesen wäre.“

Diese Bestimmung, eine Auslegungsregel, bezieht sich zwar zunächst nur auf Verträge. Zweifellos kann aber auch bei Bestätigung einseitiger Verträge die Absicht dahin gehen, eine

§ 1 *D.* 23, 1 *l.* 68 *D. de jure dot.* 23. 3 *l.* 25 *Cod.* 5, 16 *longo silentio l.* 3 *Cod.* 5, 74.

[1]) *L.* 5 *pr. D.* 38, 15 *l.* 25 § 1 *D.* 46, 8.

[2]) *L.* 160 *pr. D. de R. J.* 50, 17: *aliud est vendere, aliud vendenti consentire.*

ähnliche obligatorisch rückwirkende Wirkung eintreten zu lassen, nur gilt für diese nicht die gesetzliche Vermuthung.

Die Bestätigung eines anfechtbaren Rechtes ist sachlich nichts als Verzicht auf die Anfechtung. Hieraus würde folgen, dass sie dem Anfechtungsgegner gegenüber erklärt werden müsste; denn der Verzicht ist ein sog. empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft. Allein die Protokolle I. S. 133, 134 ergeben das Gegentheil: „Einverständniss bestand darüber, dass — die Worte ‚gegenüber dem Anfechtungsgegner' zu streichen sein würden, da auch ein nicht in der Richtung auf den Anfechtungsgegner abgegebener stillschweigender Verzicht das Rechtsgeschäft unanfechtbar machen müsse".

Dass im Fall der Bestätigung eines anfechtbaren Geschäftes dieses als von Anfang gültig zu behandeln ist, unterliegt keinem Zweifel.

§ 4.

Der rechtsgeschäftliche Wille. Verhältniss desselben zu den Bestandtheilen des Rechtsgeschäftes. Bedeutung der Motive.

I. Wie jede Handlung, so hat auch das Rechtsgeschäft seine subjective und seine objective Seite, erstere pflegt man als den rechtsgeschäftlichen Willen, letztere als die Erklärung zu bezeichnen. Da aber Wille ein sehr abstracter, vieldeutiger Begriff ist, so konnten zahllose Meinungsverschiedenheiten sowohl über die Begriffsbestimmung des sog. Geschäftswillens, als auch über sein Verhältniss zur Erklärung und deren Inhalt entstehen. Diese Meinungsverschiedenheiten haben neuerdings vielfach zu Versuchen geführt, die subjective Seite des Rechtsgeschäftes als juristisch unerheblich hinzustellen und das entscheidende Gewicht lediglich auf die objective Seite, die Erklärung zu legen, man bekämpft das sog. Willensdogma [1]) und stellt, wie bereits bemerkt, wohl gar den

[1]) Vgl. Schlossmann, Der Vertrag, Leipzig 1876. Röver, Ueber die Bedeutung des Willens bei Willenserklärungen, Rostock 1874. Leonhard, Der Irrthum bei nichtigen Verträgen, Berlin 1882. Zitelmann, Irrthum und Rechtsgeschäft, Leipzig 1879. Windscheid, im Archiv

allgemeinen Begriff des Rechtsgeschäfts als einer auf Hervorbringung rechtlicher Wirkungen gerichteten Privat willenserklärung überhaupt in Frage. Allein die dem Willensdogma entgegengesetzte extreme Objectivitätstheorie führt ebenso zu unbilligen und wissenschaftlich wie praktisch unerträglichen Folgerungen, wie das einseitig überspannte abstracte Willensdogma. Zunächst ist daran festzuhalten, dass ohne Willen kein Rechtsgeschäft zu Stande kommt; andernfalls wäre ja das auf die psychologische Entwicklung der Willensfähigkeit gestellte allgemeine Erforderniss der Geschäftsfähigkeit gar nicht zu begründen; sodann aber ist allerdings zu betonen, dass der abstracte Willensbegriff völlig inhaltlos und werthlos ist, dass es vielmehr nur darauf ankommt, ebenso wie im Strafrecht, so auch im Civilrecht, die subjectiven Erfordernisse für jeden einzelnen rechtsgeschäftlichen Thatbestand und ihr Verhältniss zu den objectiven Thatbestandsmomenten einerseits und zu den Rechtswirkungen deutlich zu erfassen und abzugrenzen.

1. Es giebt keinen Willen *in abstracto*, *in concreto* ist aber der rechtsgeschäftliche Wille nichts anderes als eine Vorstellung oder ein Vorstellungscomplex, der eine Handlung (im weitesten Sinne) nicht nur begleitet, sondern kraft psychophysischer Causalität verursacht (auslöst), an welche die Rechtsordnung rechtliche Wirkungen knüpft. Es liegt schon in dieser Definition, da wir nur von bewussten Vorstellungen sprechen, dass die Handlung eine bewusste sein muss; aber die Schwierigkeit liegt in jedem einzelnen Falle darin, zu bestimmen, inwieweit die von der Rechtsordnung garantirten juristischen Wirkungen der Handlung vom Bewusstsein des Handelnden umfasst, anticipirt sein müssen. Genau dieselbe Schwierigkeit wiederholt sich im Strafrecht und hat hier bereits merkwürdiger Weise weit mehr wissenschaftliche Bearbeitung gefunden, als im Civilrecht, freilich ohne schon durchweg zu allgemein anerkannten Resultaten geführt zu haben; noch sind die Criminalisten vielfach uneins darüber,

für civilist. Praxis Bd. 63 S. 79. Hartmann, Wort und Wille im Rechtsverkehr, Dogmat. Jahrbücher Bd. XX S. 1 ff.

ob z. B. der *dolus* in einzelnen Delictsbegriffen das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit umfassen muss oder nicht, ferner wie weit das Bewusstsein des Handelnden einzelne der sich an die Handlung im Naturcausalismus anschliessenden Folgen umfassen muss, um die Verantwortlichkeit dafür zu begründen (*dolus indeterminatus*, *eventualis* u. s. w.).

Nach unserer Ansicht muss das rechtsgeschäftliche Bewusstsein die Essentialien und die Accidentalien des Rechtsgeschäftes umfassen; dagegen brauchen die sog. *naturalia negotia* nicht in das Bewusstsein zu treten.

Die *essentialia negotii* oder die wesentlichen Bestimmungen haben zum Inhalt solche Punkte, welche die Wesenheit gerade dieses Rechtsgeschäftes ausmachen, so dass, wenn sie nicht gewollt wären, ein Rechtsgeschäft dieser Art nicht vorliegen würde; sie bilden seinen unerlässlichen Thatbestand, sozusagen den Knochenbau, das logische Schema des Rechtsgeschäftes, an dem die Autonomie der Parteien eine Schranke findet. Ihnen steht gegenüber die freie elastische Seite des Rechtsgeschäftes, durch die es sich dem individuellen Zwecke anpasst, die der Autonomie ziemlich freien Spielraum gewährt. Innerhalb derselben sind aber zu unterscheiden solche Bestimmungen, die von der Rechtsordnung als gewollt vorausgesetzt werden, sich aber durch abweichenden Parteiwillen ausschliessen oder modificiren lassen (*naturalia negotii*) und eben die sie im einzelnen Falle ausschliessenden oder ergänzenden durch rein individuelle Bestimmung der Partei hinzukommenden Momente (*accidentalia negotii*). Historisch erwuchsen die *naturalia* aus den *accidentalia* und die *essentialia* aus den *naturalia*. In der ältesten Zeit eines Rechtsgeschäftes sehen wir die Parteien alle Einzelheiten desselben genau stipuliren, man benutzt allmählich für diesen Zweck besonders ausgearbeitete Formulare (*leges*), welche die Vertragsbestimmungen schematisch enthalten. Mit der Bildung solcher Formulare wird den Parteien im einzelnen Falle die bewusste Wiederholung der ursprünglichen Gedankenarbeit erspart, es bedarf nur der Bezugnahme auf die im Verkehr üblich gewordene allgemeine *lex*, das übliche Formular. Während ursprünglich alles rein individuell war, hat sich jetzt ein relativ fester Kreis von Bestimmungen, das

normale Schema des Verkehrs gebildet, die *naturalia negotii*. Schliesslich wird ein Theil dieser *naturalia negotii* als unerlässlich erachtet, um dem Rechtsgeschäfte, für das sich jetzt erst ein Name und Begriff gebildet hat, diesen Namen und Begriff zuzubilligen und dieser feste, durch andere Bestimmungen nicht mehr auszuschliessende Theil des Geschäftes stellt nunmehr denjenigen Thatbestand dar, den die Parteien gewollt haben müssen, wenn sie ein Rechtsgeschäft dieser Art als gewollt bezeichnen, sofern ihre Erklärung nicht ihrem wahren Willen widersprechen soll. Auf dem Gebiete des Verkehrs wiederholt sich damit eine allgemeine psychologische Erscheinung, die Condensirung ursprünglich bewusster Vorstellungsthätigkeit zu einer theilweise unbewussten.[1]) Die Rechtsordnung, das dispositive Civilrecht erspart aber den Parteien die besondere bewusste Vorstellungsthätigkeit nur bezüglich des normalen Schemas, indem sie es ihnen ermöglicht, sozusagen ein Rechtsgeschäft durch Unterzeichnung eines Blanketts abzuschliessen. Massgebend aber ist nicht die vielleicht falsche Bezeichnung des Blanketts, sondern die Vorstellung seiner wesentlichen, seinen Typus darstellenden, Bestandtheile; wenn z. B. die Parteien einen Vertrag, der die Essentialien eines Kaufvertrags enthält, als Miethvertrag oder umgekehrt eine Schenkung als Kauf bezeichnen, so ist dies kein *error in negotio*, sondern *in nomine negotii*; als gewollt gilt alsdann das Geschäft, dessen *essentialia* in der Vorstellung waren. Wollen eines Rechtsgeschäftes heisst bewusstes Bejahen seiner Essentialien, unbewusstes Bejahen seiner Naturalien, bewusstes Setzen der Accidentalien. Vgl. Sigwart, der Begriff des Wollens (Kleine Schriften II. S. 193 ff.): „Allerdings giebt es (auch) ein Wollen von Nichtvorgestelltem, aber nur soweit dieses logisch in der Allgemeinheit des Zweckbegriffes enthalten, und insofern doch theilweise vorgestellt wird. Dies trifft insbesondere da zu, wo ein allgemein gedachter Zweck nicht in einem einzelnen Falle, sondern in einer Reihe von Fällen, die unter ihn subsumirt werden müssen, realisirt werden soll, also überall da, wo der Inhalt des Wollens eine

[1]) Vgl. Höffding, Psychologie S. 97 ff.

Regel ist.“ — „Wer sich in ein Dienstverhältniss begiebt, will ausführen, was ihm aufgetragen wird; er kann nicht zum Voraus alle die einzelnen Aufträge kennen und sie in ihrer Bestimmtheit wollen, aber er will ihre Ausführung, sofern sie unter den Begriff des Dienstgehorsams fällt, er nimmt sich, indem er sich den allgemeinen Zweck setzt, vor, in jedem einzelnen Falle das Aufgetragene zu thun, nicht weil es dieses und jenes, sondern weil es ihm aufgetragen ist. Wer verspricht, den Staatsgesetzen zu gehorchen, erklärt seinen Willen in Betreff von Gesetzen, die vielleicht noch gar nicht existiren, geschweige ihm bekannt sind; nur der allgemeine Begriff des Gesetzes ist es, der sein Wollen bestimmt, aus dem mit logischer Consequenz die einzelnen Anwendungen hervorgehen. In solchen Fällen hat sein ursprüngliches Wollen eigentlich das künftige Wollen der Zwecke zum Inhalt, die in dem allgemeinen Zwecke enthalten sind; und man kann ebenso gut sagen, er wolle seine Consequenz, seine Treue, indem man das formelle Verhältniss der Subordination der Einzelzwecke unter den allgemeinen Zweck betont; und dieses Verhältniss ist wiederum vorgestellt.“ Damit dürfte das Verhältniss des rechtsgeschäftlichen Willens zu seinem Inhalt im Allgemeinen klar gestellt sein. Die Essentialien bieten der Privatautonomie demnach weniger eine Schranke, als vielmehr ein zu ihrer Bethätigung nutzbares, eben deshalb aber auch zu wahrendes, vom Rechtsverkehr ausgefahrenes Geleise; ihre Bedeutung ist insofern von rein logisch-begrifflicher, regulativer Natur.

Zu ihnen gesellt sich aber vielfach eine aus ethischen oder rechtspolizeilichen Gründen errichtete wirkliche Schranke; so z. B. kann aus rechtspolizeilichen Gründen eine bestimmte Form zum Essentiale des Geschäftes gestempelt werden. Aus ethischen Gründen sind bei allen Rechtsgeschäften unsittliche Bestimmungen untersagt. Ferner hat vielfach die Rechtsordnung gerade im Interesse der wahren Freiheit der Privatwillensautonomie bei einzelnen Rechtsgeschäften besondere Schranken gesetzt. Vgl. oben Theil I. § 9 S. 31 ff. So z. B. können nach Pandectenrecht und auch nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch (§ 1019) Prädialservituten (Grunddienstbarkeiten) nicht mit beliebigem Inhalt versehen werden, sie sollen für die

Benutzung des berechtigten Grundstücks Vortheil bieten; verboten ist die sog. *societas leonina*, ferner eine *societas* mit Ausschluss der Kündigung, beim *precarium* Verzicht auf Widerruf,[1]) Erlass der *cautio usufructuaria*.[2]) Es soll damit einer den wirthschaftlichen Wohlstand und die Freiheit des Individuums bedrohenden Denaturirung der Rechtsgeschäfte vorgebeugt werden.

II. Schwieriger ist die Abgrenzung des eigentlichen Inhalts der Willenserklärung von ihren sog. Motiven. Jeder Willensact ist nur das nothwendige Ergebniss eines Vorstellungsprocesses, der sich aus zahlreichen, genau gesagt, aus einer unendlichen Kette von Einzelvorstellungen zusammensetzt, und schliesslich lässt sich jede dieser Einzelvorstellungen, sofern sie für diesen Willensact eine unerlässliche Bedingung bildet, als Motiv bezeichnen. Einen besonderen Rang unter den Motiven nimmt nun die sog. Zweckvorstellung ein; eine streng begriffliche inhaltliche Scheidung zwischen Zweckvorstellung und Motiv ist unmöglich. Zweck und Motiv sind relative Begriffe; jedes Motiv lässt sich von der einen Seite als Zweck und jeder Zweck von der andern Seite als Motiv verwerthen.[3]) Dennoch ergiebt sich juristisch die Nothwendigkeit, den Inhalt der Willenserklärung von ihren Motiven durch ein objectives Merkmal zu sondern und ebenso den Zweck eines Rechtsgeschäftes von den weiter reichenden Motiven deutlich abzutrennen. Denn den Motiven allgemein einen Einfluss auf die Gültigkeit der Rechtsgeschäfte einzuräumen, ist unmöglich. Die Sicherheit des Verkehrs würde aufs Aeusserste gefährdet werden, wenn die juristische Wirksamkeit der Willenserklärungen von ihren Motiven abhängig gemacht wäre. Ueberdies bleiben die Motive in der Regel etwas rein Innerliches, ihre Ermittelung würde dem Richter eine ganz undurchführbare Rolle des Inquisitors zumuthen. Die Römer haben daher bereits im Princip die Motive für

[1]) *l.* 12 *D.* 43, 26 *l.* 12 § 1 *D.* 23, 4.

[2]) *l.* 6 *pr.* *D.* 36, 4.

[3]) Vgl. darüber meine genauere psychologische Ausführung im „Schuldbegriff", Leipzig 1892. Buch I c. II. Analyse des Wollens S. 54 ff.

rechtlich indifferent erklärt und nur den Willensinhalt als rechtserheblich erklärt, der zum Ausdruck gekommen ist, und lediglich als *justa causa* des Rechtsgeschäftes heben sie den unmittelbar aus dem Rechtsgeschäfte ersichtlichen Willen hervor, durch dasselbe eine bestimmte wirthschaftliche und juristische Absicht zu realisiren, ein Rechtsverhältniss zu begründen, zu lösen oder zu sichern.[1]) Sie bezeichnen das Motiv allgemein als *causa* (*l.* 17 § 2 *D.* 35, 1) oder *ratio* (§ 31 *J. de leg.* 2, 20. *l.* 72 § 6 *D.* 35, 1), dagegen das rechtlich zureichende als *justa causa*, und geben, wenn diese *justa causa* nicht objectiven Bestand hat oder gewinnt, sofern nicht unmittelbare Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes dadurch bedingt ist, das Rechtsmittel der *condictio* zur Beseitigung des durch die Vollziehung des Rechtsgeschäftes auf Grund der irrig angenommenen *causa* entstandenen unbilligen Resultats. Weiteren Motiven räumt das Pandectenrecht nur unter besonderen Voraussetzungen, die später näher behandelt werden sollen, einen Einfluss ein. Doch mag in diesem Paragraph schon hervorgehoben werden:

a) Bei privatrechtlichen Delicten wird von dem römischen Juristen ein moralisch achtungswerthes Motiv, z. B. Liebe, Mitleid insoweit berücksichtigt, als sie, um die infamirende Wir-

[1]) *L.* 72 § 6 *D. de leg. I: falsam causam legato non obesse verius est, quia ratio legandi legato non cohaeret.* Vgl. auch *Ulpian lib. sing. reg. XXIV.* 319 *l.* 17 § 1 *de cond.* 35, 1. Bei Legaten wird nur der *animus legandi* (*l.* 72 § 8 *de cond.* 35, 1). nur das *relinquendi studium* (*l.* 14 *C. de donat.* 5, 16) für erheblich erklärt. Bei Schenkungen ist allein die Absicht zu schenken und ihre Realisation wesentlich. Gleichgültig ist der Umstand, dass der Schenker den Beschenkten wegen einer Handlung belohnen wollte. (*l.* 52 *D. de cond. indeb.* 12, 6 *l.* 65 § 2 *eod.*) Aus gleichem Grunde wird das über diese Absicht hinausgehende Motiv, dass der Beschenkte sich einen Sklaven kaufen sollte, nicht beachtet, wenn es nicht als Bedingung gesetzt ist (*l.* 2 § 7 *l.* 3 *D. de donat.* 39, 5). Windscheid (Pand. I § 98) bezeichnet dieses wirthschaftlich-juristisch nächste Motiv, oder diesen Zweck, der auch ohne ausdrückliche Erklärung aus dem übrigen Inhalt der Willenserklärung sich als gewollt ergeben kann, als erste Absicht. „Man darf nicht die erste Absicht einer Willenserklärung mit ihrem ersten Inhalt verwechseln. Die Willenserklärung muss zuerst überhaupt einen Inhalt haben, ehe von einer Absicht derselben geredet werden kann.“ Gewöhnlich classificirt man *causa donandi, solvendi, credendi* oder *obligandi.*

kung des *dolus* auszuschliessen, auch vorsätzliche Handlungen aus solchem Motive auf *culpa lata* reduciren.[1]) Diese Bestimmung hat keine Bedeutung für das moderne Recht;

b) bei letztwilligen Verfügungen gewährt das römische Recht dem Erben gegen eine Legatsforderung die *exceptio doli*, wenn er den Nachweis führen kann, dass die falsche Annahme einer Thatsache das einzige Motiv des Legirens gewesen.[2])

§ 5.
Die Erklärung des rechtsgeschäftlichen Willens. Sog. stillschweigende Erklärung. Vorbehalt, geheimer und ausdrücklicher.

Das Rechtsgeschäft ist eine Einheit von Subjectivem und Objectivem. Seine subjective Seite ist die Willenserklärung. Juristisch, wenigstens civilrechtlich sind Wille und Willenserklärung untrennbar, giebt es keinen Willen ohne Erklärung, allerdings auch keine Erklärung ohne Willen. Erklärung ist eine Handlung mit der Absicht der Wahrnehmbarmachung eines Gedankens.

Sofern jedoch nicht das Gesetz eine bestimmte Form der Erklärung zur Voraussetzung der Gültigkeit eines Rechtsgeschäftes gestempelt hat, also beim formlosen Rechtsgeschäft reicht jedes Mittel aus, aus dem die Existenz des Willens erkannt werden kann, der Begriff der Handlung ist also auch hier im weitesten Sinne zu nehme, und daraus ergiebt sich der Unterschied der ausdrücklichen (directen) und stillschweigenden (indirecten) Willenserklärung. Unter ausdrücklichen Willenserklärungen sind solche zu verstehen, für die sich der Handelnde des zur Wahrnehmbarmachung seines Willens geeignetsten und üblichsten Mittels, der Sprache (Wort oder Schrift) bedient. Indirect oder stillschweigend heissen Erklärungen, wenn sie sich aus einer Handlung erst im Wege der Schlussfolgerung ergeben, — *facta concludentia*, concludente Handlungen. Eine solche Schlussfolgerung kann unter Umständen zweifelhaft sein; massgebend ist aber zunächst für ihre Deutung die Auffassung

[1]) *L.* 11 § 3 *D.* 27, 3 *l.* 8 § 10 *D. mand.* 17, 1 *l.* 7 § 7 *D. de dolo* 4, 3.

[2]) *l.* 72 § 6 *D.* 35, 1: *si probetur alias legaturus non fuisset.* Das B.G.B. gibt Anfechtung nach § 2078 unter derselben Voraussetzung.

des Verkehrs, ebenso wie für die Sprache. Es treten hier genau dieselben Fragen an uns heran, wie bei der Auslegung des Gesetzes, und allgemeine Regeln lassen sich, wenn man nicht gleichzeitig ins Besondere eingeht, schwer formuliren. Nur daran ist festzuhalten, dass auch die Auslegung der rechtsgeschäftlichen Erklärung ebenso, wie die des Gesetzes stets eine logische sein soll. Dieser logische Charakter der Auslegung wird aber nicht im Mindesten in Frage gestellt, vielmehr bestätigt durch ein anderes für die Auslegung der Rechtsgeschäfte besonders hinzutretendes Princip, welches bei der Auslegung des Gesetzes nicht in demselben Masse zu Tage tritt, und das sich als Verantwortlichkeit und Haftung des Individuums für seine Willenserklärung nach Massgabe einer objectiv vernünftigen Auslegung oder kurz als der Grundsatz von „Treu und Glauben“ bezeichnen lässt.

Die Nothwendigkeit dieses den einseitigen Subjectivismus einschränkenden Grundsatzes lässt sich am besten durch Hinweis auf den sog. geheimen Vorbehalt oder die Mentalreservation verdeutlichen. Es bedarf keiner Ausführung, dass der menschliche Verkehr nicht bestehen könnte, wenn die bewusste Incongruenz zwischen Wille und Erklärung, der geheime Vorbehalt, etwas anderes zu wollen, als was man zu wollen erklärt, Nichtigkeit der rechtsgeschäftlichen Willenserklärung nach sich zöge. Nicht um deswillen, weil der geheime Vorbehalt als rein innerer Vorgang nicht bewiesen werden könnte,[1]) sondern weil die höchste Richtschnur und der letzte Grund des Rechts, die Moral, von der das Recht nur einen zu selbständiger Bedeutung erwachsenen Theil bildet, weil Treu und Glauben dieses fordern, weil dem Betrug nicht Thor und Thür geöffnet werden kann, ist der Einwand des geheimen Vorbehalts unerträglich. Nach römischem Rechte würde er jedesmal durch die *replica doli generalis* zu beseitigen sein. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat es für nöthig befunden, in § 116 S. 1 diesen eigentlich selbstverständlichen Satz, vor

[1]) Wie Windscheid, Pand. I § 75 n. 1 meint; — die Mentalreservation kann unter Umständen, wie jeder psychologische Vorgang, z. B. Irrthum sehr wohl (indirect) erweislich sein.

dem sich auch die einseitigste (subjective) Willenstheorie zurückziehen muss, ausdrücklich zu sanctioniren: „Eine Willenserklärung ist deshalb nicht nichtig, weil sich der Erklärende insgeheim vorbehält, das Erklärte nicht zu wollen.“ Natürlich handelt es sich nicht mehr um einen geheimen Vorbehalt, wenn derjenige, dem gegenüber die Erklärung abgegeben ist, diesen Vorbehalt kennt.

Nur eine besondere Art des geheimen Vorbehaltes ist der sog. böse oder schlechte Scherz; wer spottweise ein Rechtsgeschäft in der Absicht vornimmt, die Meinung zu erregen, dass er im Ernste handelt, wer mithin täuschen will, hat es sich selbst zuzuschreiben, wenn er beim Worte genommen wird. Dagegen tritt die Willenstheorie wieder in ihr Recht ein, wenn auch nicht ohne bedeutsame weitere Concessionen an das Princip der Verkehrssicherheit, an den Grundsatz von Treu und Glauben, sobald es sich um eine unbewusste Incongruenz zwischen Wille und Erklärung handelt. Die hierher gehörigen Fragen des gutgläubigen Scherzes, des Irrthums u. s. w. werden wir in der Folge einer besonderen eingehenden Erörterung unterziehen.

Zulässig und rechtswirksam zur Sicherung gegen Missdeutungen einer Handlung als concludente Willenserklärung ist dagegen der ausdrückliche Vorbehalt oder die Verwahrung (Protestation, Reservation). Praktisch häufige Anwendungsfälle eines solchen sind: die Verwahrung, dass in der Zahlung, die man leistet, ein Anerkenntniss der Schuld liege, z. B. in solchen Fällen, wo man zunächst wegen vorläufiger Vollstreckbarkeit des Anspruchs zur Zahlung gezwungen werden kann und nun durch freiwillige Leistung den Kosten und Unannehmlichkeiten der Vollstreckung ausweichen will, bei Zahlung von Steuern, bei Zahlung eines geforderten Miethpreisrückstandes, lediglich um das Zurückbehaltungsrecht des Vermiethers aufzuheben, Vorbehalt der Nachprüfung bei Annahme einer Lieferung, der Zinsforderung bei Annahme einer Kapitalschuld. Widersinnig und daher unwirksam ist jedoch ein ausdrücklicher Vorbehalt überall da, wo eine Handlung nur eine Deutung zulässt (*protestatio facto contrario*).[1]

[1]) *L.* 57 *pr. D. de pactis* 2, 14 *l.* 2 § 6 *D. de doli exl.* 44, 4 *l.* 5 *D. ratum rem* 46, 8. Seuffert Archiv III. 315 XXVI. 142.

Das Bürgerliche Gesetzbuch behandelt diesen Vorbehalt nicht, überlässt vielmehr die Frage seiner Zulässigkeit und Wirksamkeit, wie die meisten Fragen der Auslegung, der Wissenschaft und Praxis (Motive I. S. 154). Ebenso enthält es sich mit Recht einer allgemeinen Bestimmung darüber, ob bzw. wann das Schweigen zu einem Vorgange als Willensäusserung zu gelten habe. Vielfach wird heutzutage Missbrauch getrieben mit dem von den Pandekten keineswegs als Regel aufgestellten Satze: *qui tacet, consentire videtur.* Richtiger würde der Satz lauten: *qui tacet consentire non videtur, attamen verum est eum non negare;* noch zutreffender: *qui tacet consentire videtur, si loqui debuit et potuit.* Nur dann kann Schweigen als Zustimmung gelten, wenn 1. eine gesetzliche Pflicht zur Antwort auf eine Anfrage oder zur Erklärung unter sonstigen besonderen Umständen gegeben ist (beispielsweise H.G.B. § 362).[1] Doch folgt nicht aus jeder gesetzlichen Pflicht zur Erklärung ohne Weiteres diese Vermuthung der Annahme, vielmehr muss dieselbe ausdrücklich durch das Gesetz gegeben sein, es kann die Pflicht der Erklärung auch lediglich eine eventuelle Schadensersatzpflicht wegen Verzuges zur Folge haben (so beispielsweise Anwaltsordnung § 30);[2] daher dürfte Endemann, Einf. in das B.G.B. (3. Aufl.) S. 267 Note 6 zu Unrecht im Falle des § 663 B.G.B. im Schweigen die Annahme des Auftrags erblicken, es heisst hier: „Wer zur Besorgung gewisser Geschäfte öffentlich bestellt ist oder sich öffentlich erboten hat, ist, wenn er einen auf solche Geschäfte gerichteten Auftrag nicht annimmt, verpflichtet, die Ablehnung dem Auftraggeber unverzüglich anzuzeigen. Das Gleiche gilt, wenn sich Jemand dem

[1]) Geht einem Kaufmann, dessen Gewerbebetrieb die Besorgung von Geschäften für Andere mit sich bringt, ein Antrag über die Besorgung solcher Geschäfte von Jemand zu, mit dem er in Geschäftsverbindung steht, so ist er verpflichtet unverzüglich zu antworten; sein Schweigen gilt als Annahme des Antrags. Das Gleiche gilt, wenn einem Kaufmann ein Antrag über die Besorgung von Geschäften von Jemand zugeht, dem gegenüber er sich zur Besorgung solcher Geschäfte erboten hat.

[2]) Der Rechtsanwalt, dessen Berufsthätigkeit in Anspruch genommen wird, ist verpflichtet, wenn er den Antrag nicht annimmt, die Ablehnung ohne Verzug zu erklären, widrigenfalls er den durch die Verzögerung erwachsenen Schaden zu ersetzen hat.

Auftraggeber gegenüber zur Besorgung gewisser Geschäfte erboten hat." — Die Nichterfüllung dieser Erklärungspflicht hat nach meiner Ansicht, ebenso wie im Falle des § 30 cit. der Anwaltsordnung nicht zur Folge, dass der Auftrag als angenommen gilt, sondern dass der Auftraggeber Schadensersatz für die Verzögerung beanspruchen kann. Eine Vermuthung der Annahme dagegen normirt das Bürgerliche Gesetzbuch in § 516 bei der Schenkung: „Ist die Zuwendung ohne den Willen des Anderen erfolgt, so kann ihn der Zuwendende unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Erklärung über die Annahme auffordern. Nach dem Ablaufe der Frist gilt die Schenkung als angenommen, wenn nicht der Andere sie vorher abgelehnt hat."

2. Ausserdem kann auch die blosse Verkehrssitte dem Schweigen unter besonderen Umständen die Rechtsbedeutung der Annahme bzw. der Zustimmung (des Consenses) ertheilen.[1])

In beiden Fällen begründet aber das Schweigen nur eine Vermuthung, die durch den Gegenbeweis, ohne Verschulden an einer Antwort behindert zu sein, entkräftet werden kann, *consentire videtur, si loqui debuit et potuit.*

Keinerlei Bedeutung hat die im Verkehr nicht selten vorkommende einseitige Androhung, das Schweigen als Annahme gelten lassen zu wollen, z. B. bei Uebersendung unbestellter Waaren („wenn Sie nicht binnen 8 Tagen die Sendung zurückschicken, nehme ich Ihre Zustimmung an"), wohl aber kann durch eine ausdrückliche vorherige Vereinbarung oder auch durch ein aus anderen schlüssigen Thatsachen, z. B. dem bisherigen Gebrauch innerhalb einer festen Geschäftsverbindung, sich ergebendes derartiges allgemeines Einverständniss diese Vermuthung begründet sein.

Zu unterscheiden von dieser Vermuthung sind gewisse, zuweilen in die Fiction eines stillschweigenden Einverständnisses gekleidete Rechtsnormen, wo die Wirkung, sofern die Parteien nicht durch beiderseitiges

[1]) Vgl. Dernburg, Pand. Bd. I § 98. Endemann, Handbuch des Handelsrechts II S. 451. Endemann, Einf. in das B.G.B. a. a. O. (S. 267). Entsch. des R.O.H.G. I S. 81.

Einverständniss sie ausschliessen, in Wahrheit ganz unabhängig von jedem Willensact eintritt. Hierher rechne ich die sog. stillschweigende Verpfändung der Invecten und Illaten des Miethers,[1]) der Früchte des Pächters,[2]) ferner die sog. Quasicontracte.[3]) Ein einseitiger, auch ausdrücklicher Vorbehalt ist in diesen Fällen wirkungslos. Im Bürgerlichen Gesetzbuch tritt die rein gesetzliche Natur der genannten Pfandrechte (§§ 559—561, 581, 585) unzweifelhaft hervor, ebenso die Natur der sog. Quasicontracte als rein gesetzlicher Verpflichtungsgründe.

§ 6.

Das Zustandekommen des zweiseitigen Rechtsgeschäfts. (Vertragschluss.) Antrag und Annahme. Unterschied des Antrags von der Aufforderung zum Contrahiren. Vertragschluss unter Abwesenden. Tod und Geschäftsunfähigkeit des Antragstellers.

1. Die Lehre vom Zustandekommen des zweiseitigen Rechtsgeschäftes (des Vertrages) wurde bislang in den Systemen des Pandektenrechts in der Regel erst im allgemeinen Theil des Obligationenrechts behandelt. Da der Vertrag aber seine Wirksamkeit über das ganze System des Civilrechts ausdehnt, da nicht nur obligatorische, sondern auch dingliche, familienrechtliche, erbrechtliche Verträge vorkommen, gehört diese Lehre zweifellos in den allgemeinen Theil überhaupt, soweit nicht etwa die besonderen Rechtsinstitute besondere Abweichungen von den allgemeinen Grundsätzen bedingen. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat denn auch den Rechtsnormen über den Vertragschluss die richtige Stellung in seinem I. Buche, dem sog. Allgemeinen Theil, die richtige Stellung angewiesen.

[1]) *l.* 4 *pr. D.* 20, 2: *Eo jure utimur, ut quae in praedia urbana inducta illata sunt, pignori esse credantur, quasi id tacite convenerit.*

[2]) *l.* 7 *cod.: In praediis rusticis fructus, quae ibi nascuntur, tacite intelliguntur pignori esse domino fundi locati, etiam si id non convenerit.* Vgl. dazu Dernburg, Pand. I § 265 S. 662. Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 292.

[3]) § 5. *I. de obl.* 3, 27, 28.

Wir haben den Vertrag bereits als eine Willenseinigung zweier oder mehrerer Personen mit rechtlicher Wirkung kennen gelernt. Wir müssen nunmehr auf das Zustandekommen einer solchen Willenseinheit des Näheren eingehen.[1]) Damit ein Vertrag zu Stande komme, sind zwei übereinstimmende Erklärungen der einander als Contrahenten (Vertragschliessenden) gegenüberstehenden Personen oder Personeneinheiten erforderlich, die man, da stets von einer Seite die Initiative auszugehen pflegt,[2]) als Antrag und Annahme (Offerte und Accept) unterscheidet.

Nach Pandektenrecht ist Antrag (Proposition oder Offerte) ein Vertragsentwurf von Seiten eines der Vertragstheile, auf den die Annahmeerklärung seitens des anderen Theils durch einfaches „Ja“ möglich ist.

Die Offerte ist darnach zunächst scharf zu unterscheiden a) von einer blossen allgemeinen Aufforderung bzw. Anerbietung, Verträge einer gewissen Art abzuschliessen. Dahin gehören zahlreiche allgemeine Bekanntmachungen, Zusendung von Preiscouranten, Fahrpläne der Eisenbahnen, Speisekarten, Geschäftsreklamen u. s. w. Diese erzeugen zweifellos nach positivem Rechte keinerlei Rechtsverbindlichkeiten, darauf hin zu contrahiren; der Emittent kann sie nicht nur öffentlich jeder Zeit widerrufen, sondern auch der auf die Aufforderung hin erst antragenden Partei gegenüber das Accept verweigern und andere Bedingungen stellen.[3]) — Doch können derartige „Auf-

[1]) Sie ist von hervorragender praktischer Bedeutung, da zumal im heutigen Recht bei vorwiegender Formlosigkeit der Verträge die Feststellung des Zeitpunktes, in dem eine bindende Kraft der beiderseitigen Erklärungen eintritt, eine der schwierigsten Auslegungsfragen bildet. Es ist gerade der Hauptvorzug des Formalcontractes, die hieraus erwachsenden Bedenken und Zweifel zu beseitigen.

[2]) Möglich ist auch, dass die Initiative gleichzeitig von beiden Seiten ergriffen wird, dass die Willenserklärungen gleichzeitig erfolgen, dass sie sich kreuzen, ja auch, dass die Annahme-Erklärung zeitlich dem Antrag vorausgeht. In den meisten Fällen aber geht die Initiative von einer Seite, der antragenden, voraus. Vgl. Windscheid, Pand. II § 305 n. 3. Dernburg, Pand. II § 11 n. 2. — Anderer Ansicht Leonhard, Irrthum S. 71.

[3]) Nach dem positiven Rechte erzeugen sie auch eine Schadensersatz-

forderungen zum Contrahiren", Preiscourante u. s. w. erheblich sein für die Bedingungen des mit Bezug darauf (ausdrücklich oder stillschweigend) zu Stande kommenden Vertrages. Will der Emittent sie nicht als anticipirte Vertragsbedingungen gelten lassen, so hat er dies vor dem Abschluss des Vertrages in unzweideutiger Weise zu erklären.

b) Andrerseits unterscheidet sich der Antrag (die Offerte) vom Vorvertrag (*pactum de contrahendo*), der als ein Vertrag, durch den die Verbindlichkeit zum Abschluss des Hauptvertrages übernommen wird,[1]) selber den hier zu erörternden Grundsätzen unterworfen ist, und zwar liegt sein Hauptunterschied von letzterem nach Pandektenrecht in seiner Unverbindlichkeit, Widerruflichkeit bis zum Moment der Annahme. Der Vorvertrag (*pactum de contrahendo*) enthält einen Verzicht auf die Zurücknahme der Offerte. Noch Savigny bestritt freilich die Aufstellung des Begriffes eines solchen Vorvertrages, weil darin ein durch den blossen Willen des anderen Theils bedingter Abschluss des Vertrages zu sehen sei, z. B. eine *emptio venditio, si placuerit*. Richtig ist allerdings, dass das eigentlich römische Recht sie nur in einzelnen Fällen[2]) gelten liess, da es die allgemeine Klagbarkeit der *pacta* nicht kannte. Allein seitdem das gemeine Recht die Verträge im Allgemeinen für klagbar erkennt, ist dieser Begriff nicht zu entbehren.[3])

pflicht nur im Falle des *dolus*; offenbar ist hier eine Lücke, deren Ausfüllung leider auch das Bürgerliche Gesetzbuch nicht gewagt hat. Ein Förster z. B. kann eine Holzauction ankündigen, welche Holzhändler zu einer weiten Reise veranlasst, aus irgend welchen persönlichen Gründen sagt er dieselbe den von fernher Angekommenen gegenüber ab; — im Vertrauen auf den veröffentlichten Fahrplan einer Eisenbahn oder Dampfschiffgesellschaft richte ich meine Reise ein, bei meiner Ankunft auf der Station ist der Fahrplan geändert: nach gegenwärtigem Recht kann ich, ausser im Falle des *dolus*, keinerlei Ansprüche für Versäumniss u. s. w. geltend machen.

[1]) Windscheid, Pand. II § 310.

[2]) z. B. bei der Schenkung.

[3]) Vgl. darüber Dernburg, Pand. II § 10. Degenkolb, Der Begriff der Vorverträge 1871. Regelsberger, Civilrechtliche Erörterungen I 1860. Archiv f. civilist. Praxis, Bd. 71 n. 1. Iherings Jahrb. Bd. 31 n. 4.

Besonders häufig sind Vorverträge zur Vorbereitung von Realverträgen z. B. Darlehen (*pactum de mutuo dando*) oder Formalverträgen [1]) (*pactum de cambiando*). Aus ihnen kann entweder, wenn nämlich der Inhalt des abzuschliessenden Hauptvertrages im Streitfalle richterlich bestimmt werden kann, auf Vollziehung des Hauptvertrags geklagt werden oder aber, falls dies nicht möglich ist, auf das Interesse, das sog. negative Vertragsinteresse. — Nicht zu verwechseln mit dem Vorvertrage sind solche Punctationen oder Tractate, die bloss zur Notiz, als Anhaltspuncte für den künftigen Vertrag ohne bindende Absicht aufgezeichnet sind; die Punctation, — ein seiner Vieldeutigkeit wegen juristisch unbrauchbarer Begriff, [2]) ist entweder blosse Notiz oder auch Theil einer Offerte oder auch Vorvertrag oder gar der Vertrag selbst; hier kommt alles auf die *quaestio facti* an.

Das Bürgerliche Gesetzbuch giebt keine besonderen Bestimmungen über blosse Aufforderungen zum Vertragschluss sowie über Vorverträge. Auf sog. Punctationen und Tractate ist zu beziehen § 154: „Solange nicht die Parteien sich über alle Punkte eines Vertrags geeinigt haben, über die nach der Erklärung auch nur einer Partei eine Vereinbarung getroffen werden soll, ist im Zweifel der Vertrag nicht geschlossen. Die Verständigung über einzelne Punkte ist auch dann nicht bindend, wenn eine Aufzeichnung stattgefunden hat.“ Bezüglich der rechtlichen Bedeutung des Vertragsantrags aber weicht das Bürgerliche Gesetzbuch in bedeutsamer Weise vom Pandektenrecht ab, indem es (§ 145) den Antrag nicht für einseitig widerruflich, sondern für bindend erklärt:

„Wer einem Anderen die Schliessung eines Vertrags anträgt, ist an den Antrag gebunden, es sei denn, dass er die Gebundenheit ausgeschlossen hat.“

Durch diesen Satz sind vom Bürgerlichen Gesetzbuche eine ganze Anzahl schwieriger Streitfragen, die besonders beim

[1]) Die für den Hauptvertrag vom Gesetz geforderten Essentialien, insbesondere das Erforderniss der gesetzlich vorgeschriebenen Form, gelten für den Vorvertrag nur dann, wenn das Recht ohne Erfüllung dieser Erfordernisse eine Gebundenheit des Willens überhaupt nicht will, Windscheid a. a. O. S. 194.

[2]) Vgl. Degenkolb a. a. O. S. 45. Windscheid II § 310 i. f.

Vertragschluss unter Abwesenden praktisch wurden, beseitigt. Unter den Pandektisten bestanden nämlich bezüglich des Momentes, in dem die widerrufliche Offerte durch das Accept so zu sagen juristisch fixirt wird und in den unwiderruflichen Vertrag als dessen nunmehr unlösbarer Factor eingeht, drei verschiedene Meinungen:

1. Die sog. Vernehmungstheorie, welche zum Zustandekommen des Vertrags nicht nur die thatsächliche Identität des Wollens in einem bestimmten Momente, sondern auch das Bewusstsein beider Theile von dieser Willenseinigung forderte. Nach dieser Theorie kann der Offerent seine Offerte widerrufen, bis zu dem Augenblick, wo bei ihm das Accept eingetroffen ist. Bis zu demselben Moment kann aber auch der Acceptant sein Accept widerrufen und zwar soll dieser Widerruf, da die Theorie im Moment des Eintreffens des Acceptes beim Offerenten nur auf den inneren Willen des Acceptanten, nicht auf die vorliegende Willenserklärung Werth legt, auch dann noch berechtigt sein, wenn er später als das Accept beim Offerenten eintrifft.[9]) A. (in Berlin wohnhaft) schreibt am 1. August an B. (in Buenos Ayres), er offerire 100 Kilo zu dem und dem Preise, der Brief trifft am 18. September bei B. ein, B. schreibt sofort zurück, er acceptire; sein Accept trifft am 15. Oktober bei A. ein. Wenn A. nun noch am 1. October oder am 15. October vor Kenntnissnahme des Accepts die Offerte widerruft, kann B. nicht klagen, der Vertrag ist nicht zu Stande gekommen. Aber mit Sicherheit kann jetzt am 15. October auch A. noch nicht wissen, ob der Vertrag perfekt ist; wenn B. am 1. October oder selbst am 15. October nachweisbar vor Kenntnissnahme des Acceptes einen Widerrufsbrief absendet, so kommt kein Vertrag zu Stande; schickt A. im Vertrauen auf den empfangenen Brief die Waaren ab, so braucht B. sie nicht anzunehmen. — Die praktische Unbill dieser Ansicht liegt zu Tage und liefert einen schlagenden Beweis für unseren schon mehrfach betonten Satz, dass die reine Begriffs-Consequenz,

[1]) Hasse, Rhein. Museum II S. 371 ff. Bekker, Jahrb. II. 11, III. S. 316 ff. Regelsberger, Civilrechtl. Erörterungen S. 23 ff. Vangerow, Pand. § 603.

— solche ist der Rescissions- oder Vernehmungstheorie nicht abzusprechen — ein legislativ unzulänglicher Ausgangspunct bleibt. Die Idee der Gerechtigkeit fordert vielfache Modificationen der formalen Begriffsfolgerungen; denn sie beruht auf der gegenseitigen Abwägung substantieller Interessen.

2. Die sog. Declarations- oder Aeusserungstheorie beruht auf dem Gedanken, dass zum Vertragschlusse nicht das Bewusstsein beider Theile von der vollzogenen Willenseinigung erforderlich sei, sondern dass es genügen müsse, dass das Wollen beider Theile, als ein in die Aussenwelt übergetretenes subjectives Moment, als eine causale Vorstellung in irgend einem Momente übereingestimmt habe. Darnach kann Offerent bis zu dem Augenblick widerrufen, wo der andere Theil seine Accepterklärung abgegeben hat, sich ihrer entäussert hat, ohne dass es nöthig wäre, dass diese Abgabe der Willenserklärung dem Offerenten, an den sie gerichtet ist, zur Kenntniss gelangte. Der Begriff Erklärung wird hier, wenigstens beim Accept, genommen als der einer Handlung mit der Absicht der Wahrnehmbarmachung des Gedankens, und es wird der Erfolg dieser Handlung, die wirkliche Wahrnehmung durch den Adressaten, davon getrennt. Aber abgesehen von dem Widerspruch, der darin liegt, dass nicht dieselbe Auffassung auch auf die Offerte angewandt wird, — denn Offerent soll widerrufen können, nicht nur bis die Offerte dem Acceptanten bekannt geworden, sondern sogar, bis letzterer seines Acceptes sich entäussert —, schliesst diese Theorie grosse Schwierigkeiten ein in Ansehung des Kriteriums der thatsächlichen Entäusserung der Willenserklärung. Ist diese geschehen, wenn z. B. der zustimmende Brief geschrieben, wenn er couvertirt ist, wenn er zur Post gegeben wird? Kann nicht der Absender auch den schon auf die Post gegebenen Brief noch auf dem Transport zurückhalten? Zweifellos widerspricht sie auch der gewissen pandektenrechtlichen Entscheidungen zu Grunde gelegten Auffassung.[1])

3. Die sog. Empfangstheorie: sie ist nach Dernburgs Meinung (Pand. II § 11 n. 10) die vernünftige prak-

[1]) z. B. *l.* 1 § 15 *D. de O. et A.* 44, 7 *l.* 1 *pr. D. de O. O.* 45, 1 Windscheid, Pand. § 306 n. 8.

tische Ausbildung der Vernehmungstheorie. Die Gebundenheit tritt mit dem Augenblicke ein, wo die Erklärung des Acceptes dem Adressaten zugeht, ohne dass es darauf ankommt, dass er wirklich Kenntniss davon genommen hat.

Wir haben bereits gesehen, dass das Bürgerliche Gesetzbuch (§ 130) für Erklärungen an Abwesende im Allgemeinen die Empfangstheorie bestätigt (S. 318 n. 3 oben). Dennoch genügt auch die Empfangstheorie allein in Ansehung des Vertragschlusses unter Abwesenden nicht den Bedürfnissen des Verkehrs und den Anforderungen von Treu und Glauben, wenn sie nicht auch auf die in der Zwischenzeit bis zur Ankunft des Accepts immer noch mögliche Widerrufserklärung des Antragstellers ausgedehnt wird, so dass auch dieser Widerruf erst existent wird mit seinem Eintreffen beim Adressaten. Auf diesen Satz, der gleichbedeutend wäre mit einer bedingten Gebundenheit des Antragstellers, haben sich aber die Vertreter der Empfangstheorie und zwar bei der Unzulänglichkeit der römischen Quellen, für die offenbar nicht dasselbe praktische Bedürfniss vorlag, wie in unserem entwickelten modernen Verkehr, aus pandektenrechtlich begreiflichen Gründen nicht zu einigen vermocht.[1]) Nur ein Theil der Romanisten hat wenigstens den Widerrufenden aus dem Gesichtspuncte der sog. *culpa in contrahendo* für haftbar erklärt, dem Gegner, der in (entschuldbarer) Unkenntniss des Widerrufs sich darauf verlassen hat, dass ein Vertrag zu Stande gekommen sei, allen Schaden zu ersetzen, den dieser in Folge seines Vertrauens erlitten hat (sog. negatives Vertragsinteresse).[2])

Durch die Regelung des Bürgerlichen Gesetzbuches sind nach dem Vorgange anderer moderner Gesetzgebungen, insbesondere des H.G.B. Art. 319, wie bereits bemerkt, diese unerquicklichen gemeinrechtlichen Controversen in positiv-praktischer Weise durch Gebundenheit des Antragenden erledigt. Die Motive bemerken (I. S. 165): „Der Antragsempfänger bedarf eines sicheren Ausgangspunctes für die zu fassende Entschliessung; er muss unter Umständen sofort die für den Fall des Zu-

[1]) Vgl. Windscheid a. a. O. n. 3.

[2]) Vgl. Ihering, Jahrb. f. Dogmatik IV S. 16ff.

standekommens des Vertrages erforderlichen Massnahmen treffen; er wird andere Vertragsanträge in Bezug auf den in Frage stehenden Gegenstand ablehnen und unterlassen, seinerseits Vertragsanträge hinsichtlich desselben zu stellen. Sollte ein Widerruf des an den Empfänger gelangten Antrages vor dem Wirksamwerden der Annahmeerklärung noch zulässig sein, so würde der Antragsempfänger nach Befinden schwer geschädigt werden. Ingleichen würde wegen der möglichen Gefährdung die Geneigtheit, auf Vertragsanträge sich einzulassen, im Allgemeinen sich mindern, der Verkehr erschwert und beeinträchtigt werden. Die Gebundenheit des Antragenden entspricht auch der vernünftigerweise anzunehmenden Absicht des Antragenden selbst. Dies tritt am deutlichsten in den Fällen hervor, in welchen der Antragende eine besondere Frist zur Erklärung über den Antrag gesetzt hat. Eine solche Fristsetzung hat nach der Auffassung des Lebens nicht blos die Bedeutung, dass der Antrag zeitlich begrenzt sein soll, sondern zugleich die, dass der Antragende für die betreffende Zeit die Hände sich bindet. Wenn aber das Gebundensein für den Fall, dass ausdrücklich eine Frist gesetzt ist, anerkannt werden muss, so ist nicht abzusehen, weshalb nicht das Gleiche im Falle einer stillschweigenden Fristsetzung gelten soll. Eine stillschweigende Fristsetzung ist aber bei jedem schlechthin gemachten Vertragsantrage zu unterstellen. Denn ein Vertragsantrag wird zu dem Zwecke gemacht, die Annahme desselben durch denjenigen, dem er gemacht wird, herbeizuführen; der Antragende muss daher bei Stellung des Antrages auch wollen, dass dem anderen Theile die zu seiner Erklärung unumgängliche Zeit verstattet sein soll; sonst wäre der Antrag schon bei seiner Stellung zwecklos. Die Unzweckmässigkeit der Widerruflichkeit des Vertragsantrages wird auch in der gemeinrechtlichen Wissenschaft nicht verkannt. Der Gefährdung, welcher der Antragsempfänger durch den Widerruf ausgesetzt ist, sucht man unter Herbeiziehung verschiedener juristischer Gesichtspunkte dadurch zu begegnen, dass dem Widerrufenden die Verpflichtung auferlegt wird, dem anderen Theile dasjenige zu ersetzen, was derselbe gehabt haben würde, wenn die Aussicht auf das Zustandekommen

des Vertrages ihm nicht eröffnet worden wäre. Mit einer solchen Schadensersatzpflicht ist, bei der grossen praktischen Bedeutung der Frage, dem Verkehre nicht gedient. Der Verkehr erfordert eine glatte und rasche Abwickelung der Geschäfte, während die Verweisung auf Schadensersatz erfahrungsgemäss zu Prozessen heikler Art und von zweifelhaftem Erfolge führt und auf den Verkehr lähmend einwirkt."

Die Gebundenheit des Antragstellers ist darnach stets zeitlich begrenzt, und zwar, sofern nicht der Antragende selbst für die Annahme eine Frist bestimmt hat, (§ 148) beim Vertragschluss unter Anwesenden so eng, dass nur eine sofortige Annahme zum Vertrag führt. Hierbei ist zu beachten, dass durch eine ausdrückliche gesetzliche Bestimmung (§ 147 S. 2), die Verhandlung durch Fernsprecher der Verhandlung unter Anwesenden gleich gestellt ist. Ob eine Annahme als sofortige zu betrachten ist, ist nach Lage des Falls zu entscheiden. Eigentlich praktische Bedeutung hat darnach die bindende Kraft des Antrags nur für den Vertragschluss zwischen Abwesenden, und man hätte sie füglich auf diesen Fall beschränken können. Der einem Abwesenden gemachte Antrag bindet den Antragsteller bis zu dem Zeitpunkte, in welchem er den Eingang der Antwort unter regelmässigen Umständen erwarten darf. Der Zeitraum der Gebundenheit setzt sich darnach zusammen aus der (nach Post- bzw. den sonstigen gewählten Communicationsmitteln) zu berechnenden voraussichtlichen Beförderungszeit, einem *modicum tempus* für die Erwägung des Antrags und die Erklärung der Annahme und der voraussichtlichen Rückbeförderungszeit der letzteren. Trifft der Antrag beim Antragsempfänger verspätet, d. h. später ein, als bei dem gewählten Communicationsmittel unter regelmässigen Verhältnissen zu erwarten war, so ist es Sache des Antragsempfängers, den Zeitverlust durch eine beschleunigte Beförderung der Antwort einzuholen, etwa durch Telegramm statt durch Schreiben. Andernfalls kann der Antragsempfänger, sofern nicht vom Antragenden ausdrücklich etwas anderes verlangt worden ist, dasselbe Correspondenzmittel, wie dieser wählen; bei einem telegraphisch gemachten Antrage darf regelmässig auch eine telegraphische

Antwort erwartet werden. Mit Rücksicht auf Treu und Glauben im Verkehr legt § 149 B.G.B. dem Antragenden eine besondere Anzeigepflicht bei verspätetem Eintreffen der Annahme auf: wenn nämlich erkennbar ist, dass die verspätet eingetroffene Annahmeerklärung bei regelmässiger Beförderung ihm rechtzeitig zugegangen sein würde, also ohne Verschulden des Absenders sich verspätet hat, so soll er die Verspätung dem Annehmenden unverzüglich nach dem Empfange der Erklärung anzeigen; verzögert er die Absendung solcher Anzeige, so gilt die Annahme als nicht verspätet.

Eine verspätete Annahme gilt als neuer Antrag (§ 150), erzeugt also eine entsprechende Gebundenheit für den Absender. Eine Annahme unter Erweiterungen, Einschränkungen oder sonstigen Aenderungen gilt als Ablehnung, verbunden mit einem neuen Antrag (§ 150, 2).

Wie fast jede rechtsgeschäftliche Erklärung, wie der Antrag selbst, so kann auch die Annahme stillschweigend, d. h. durch concludentes Verhalten erfolgen, doch nur unter folgenden Voraussetzungen: a) Der Antragende hat die stillschweigende Erklärung selber gestattet, z. B. die sofortige Leistung verlangt (Bestellung). Die Annahme liegt in der sofortigen Ausführung der Bestellung. b) Ein Verzicht auf ausdrückliche Annahmeerklärung kann auch aus dem zwischen den Parteien bisher üblichen Geschäftsverkehr zu entnehmen sein. c) Auch nach der Verkehrssitte wird vielfach eine ausdrückliche Annahmeerklärung als überflüssig erachtet. Hierauf bezieht sich § 151 B.G.B.

Tod oder plötzlicher Verlust der Geschäftsfähigkeit der eines Contrahenten vor dem Abschlusse des Vertrags vereitelt nach Pandektenrecht den Vertrag, weil damit die Möglichkeit einer Willenseinigung in dem massgebenden Momente fortfällt (Dernburg, Pandekten II § 11. i. f.). Nach § 153 des Bürgerlichen Gesetzbuchs wird aber das Zustandekommen des Vertrags nicht dadurch gehindert, dass der Antragende vor der Annahme stirbt oder geschäftsunfähig wird, es sei denn, dass ein anderer Wille des Antragenden anzunehmen ist.

§ 7.

Die Versteigerung.[1])

Eine besondere Form des Vertragschlusses ist die Versteigerung, deren Zweck dahin geht, durch Eröffnung des Wettbewerbes auf der anderen Seite sich die Auswahl möglichst günstiger Vertragsbedingungen zu ermöglichen. Diese Form, wenn auch vorwiegend nur bei Verkäufen üblich, kann auch zum Abschluss anderer obligatorischer Verträge, z. B. Pachtverträge, Werkverdingungen, benutzt werden. Es ist ihr nicht wesentlich, dass das Publikum zu gemeinsamem Erscheinen aufgefordert wird, es kann auch zur Einreichung schriftlicher Offerten veranlasst werden. Die eigentliche Versteigerung, bei der durch Aufforderung zum Bieten und Mehrbieten eine Steigerung (Plus-Auction) des Preises erstrebt wird, ist nur eine Unterart des Vertragschlusses durch Wettbewerb, ihr Gegenstück bildet die Minus-Auction, bei der der Ausbieter zunächst einen Preis setzt in der Erwartung, dass Jemand ihn annehmen wird, und denselben, wenn nicht geboten wird, herabsetzt. Eine andere Form bildet die Submission, bei der demjenigen, der die günstigsten Vertragsbedingungen bietet, die Zuertheilung einer Arbeit, eines Werks (*operis locatio*) in Aussicht gestellt wird.

Was nun zunächst die allgemeine Aufforderung zu einem solchen Wettbewerbe um einen Vertragschluss betrifft, so ist diese nichts als eine Aufforderung zum Contrahiren, die (vgl. oben S. 347)[2]) keinerlei Verbindlichkeit für den Ankündiger erzeugt. Auch wenn die Aufhebung oder Verlegung eines Versteigerungstermins für die im Vertrauen darauf erschienenen Personen mit Vermögensnachtheilen (Versäumnissen) verknüpft ist, können sie nach dem geltenden Rechte keine Schadensersatzansprüche geltend machen, es sei denn im Fall des *dolus*.[3])

[1]) Literatur: Iherings Jahrb. f. Dogmatik VII n. 1, 4, 7, 8, VIII n. 9, X n. 6.

[2]) Auf keinen Fall ist die Ankündigung einer Versteigerung unter dem Gesichtspunkt der Auslobung zu bringen.

[3]) Als *dolus* ist dabei aber auch der sog. böse oder schlechte Scherz (grobe Unfug) zu erachten.

Nun ist vor allem bei den verschiedenen Formen des eröffneten Wettbewerbs festzustellen, auf welcher Seite die Offerte, auf welcher die Annahme liegt und wann die Perfektion des Vertrags eintritt. Bei der Versteigerung im engeren Sinne (Plus-Auction) ist das Gebot des Bieters als Offerte aufzufassen, der Vertrag kommt zum Abschluss, wenn der Versteigerer die Annahme einer der Gebote durch den Zuschlag ausgesprochen hat; der Zuschlag hat darnach die Bedeutung einer den Vertrag zur Vollendung bringenden Annahmeerklärung. — Zweifelhaft ist aber die Frage, wie lange der Bieter an sein Gebot gebunden ist, ob er bereits durch das Mehrgebot eines Anderen frei wird oder erst durch Ertheilung des Zuschlags. Nach der im Verkehr herrschenden, in der Theorie von den Meisten gebilligten Anschauung wird der Bieter im Zweifel frei und sein Gebot erlischt, sobald er von einem Anderen überboten wird.[1] Diese Auffassung der Versteigerung (Plus-Auction) bestätigt § 156 B.G.B.:

> „Bei einer Versteigerung kommt der Vertrag erst durch den Zuschlag zu Stande. Ein Gebot erlischt, wenn ein Uebergebot abgegeben oder die Versteigerung ohne Ertheilung des Zuschlags geschlossen wird."

Allerdings kann darnach ein Bieter, der sein Gebot bereut, sich vor Ertheilung des Zuschlags durch Vorschieben eines zahlungsunfähigen Ueberbieters befreien. Es ist aber zu beachten, dass der § 156 B.G.B. nur eine dispositive Bedeutung hat; falls der Versteigerer eine Abweichung von der Regel in seinem Interesse findet, steht es ihm frei, durch Festsetzung besonderer Versteigerungsbedingungen solche zu normieren.

Der § 156 B.G.B. findet auch Anwendung auf Pfandverkäufe.[2]

[1]) Vgl. Dernburg, Pand. II § 11 n. 18.

[2]) Für diese gelten aber nach der neuen Civilprozessordnung (Entw. Denkschrift Anl. II S. 494) folgende besondere Vorschriften:

§ 717. Die Versteigerung der gepfändeten Sachen darf nicht vor Ablauf einer Woche seit dem Tage der Pfändung geschehen, sofern nicht der Gläubiger und der Schuldner über eine frühere Versteigerung sich einigen oder dieselbe erforderlich ist, um die Gefahr einer beträchtlichen

§ 8.

Die Bedingung.[1]) (I. Praktische Bedeutung der Bedingung im weitesten Sinn. Technischer Begriff. Gegensätze. Spielraum der Bedingung) B.G.B. §§ 158—162.

Das Wort „Bedingung" wird im Rechtsverkehr in einem weiteren und engeren (technischen) Sinne gebraucht. Im

Werthverringerung der zu versteigernden Sache abzuwenden oder um unverhältnissmässige Kosten einer längeren Aufbewahrung zu vermeiden.

Die Versteigerung erfolgt in der Gemeinde, in welcher die Pfändung geschehen ist, sofern nicht der Gläubiger und der Schuldner über einen andern Ort sich einigen.

Zeit und Ort der Versteigerung sind unter allgemeiner Bezeichnung der zu versteigernden Sachen öffentlich bekannt zu machen.

Bei der Versteigerung finden die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechende Anwendung.

§ 718. Dem Zuschlag an den Meistbietenden muss ein dreimaliger Aufruf vorausgehen; die Vorschriften des § 152 des Bürgerlichen Gesetzbuchs finden Anwendung.

Die Ablieferung einer zugeschlagenen Sache darf nur gegen baare Zahlung geschehen.

Hat der Meistbietende nicht zu der in den Versteigerungsbedingungen bestimmten Zeit oder in Ermangelung einer solchen Bestimmung nicht vor dem Schlusse des Versteigerungstermins die Ablieferung gegen Zahlung des Kaufgeldes erlangt, so wird die Sache anderweit versteigert. Der Meistbietende wird zu einem weiteren Gebote nicht zugelassen; er haftet für den Ausfall; auf den Mehrerlös hat er keinen Anspruch.

Wird dem die Zwangsvollstreckung betreibenden Gläubiger der Zuschlag ertheilt, so ist der Gläubiger von der Verpflichtung zur baaren Zahlung insoweit befreit, als der Erlös nach Abzug der Kosten der Zwangsvollstreckung zu seiner Befriedigung zu verwenden ist, sofern nicht dem Schuldner nachgelassen ist, durch Sicherheitsleistung oder durch Hinterlegung die Vollstreckung abzuwenden. Insoweit der Gläubiger von der Verpflichtung zur baaren Zahlung befreit ist, gilt der Betrag als von dem Schuldner an den Gläubiger gezahlt.

[1]) Literatur: Savigny, System III § 116. Windscheid, Wirkung der erfüllten Bedingung 1851. Fitting, im Archiv für civilist. Praxis Bd. 39 n. 13. Eisele, daselbst Bd. 50 S. 253ff. Pietzker, daselbst Bd. 74 S. 462. Czylarz, Zur Lehre von der Resolutivbedingung 1871. v. Scheurl, Zur Lehre von den Nebenbestimmungen 1871. Schulin, über Resolutivbedingung 1875. O. Wendt, die Lehre vom bedingten Forderungsrecht, Erlangen 1872. Adickes, Bedingungen 1976. Enneccerus, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin 1888, 1889.

weiteren bezeichnet es einmal subjectiv jeden Akt der Vereinbarung, der mit anderen zu einer Gesammtvereinbarung zusammentritt und einen Vertragsbestandtheil bildet, „ich bedinge mir etwas aus“, z. B. dass das verkaufte Pferd eingeritten ist, dass in dem Hause, wo ich eine Wohnung miethe, nicht jeder Zeit Klavier gespielt werde. Sodann ist Bedingung objectiv das Bedungene selbst, aber auch, wie im nichtjuristischen Sprachgebrauch jeglicher, sei es positiver oder negativer Thatumstand, ohne den ein anderer als Folge gedachter Thatumstand nicht bestehen kann (Existenzbedingung). So sind die sog. Essentialien, die wesentlichen Bestandtheile eines Rechtsgeschäftes, dessen Existenzbedingungen, d. h. ohne sie kann die durch das Rechtsgeschäft bezweckte Wirkung nicht eintreten (*conditio juris*). Dieser allgemeine (objective) Begriff ist mit dem der Ursache oder des zureichenden Grundes verwandt, es bildet nämlich die *Gesammtheit* der Bedingungen irgend eines Erfolges, also auch eines Rechtserfolges, dessen Ursache oder zureichenden Grund. Vielfach wird jedoch (ungenau) eine Bedingung, die von diesem oder jenem Standpunkte aus wesentlicher zu sein scheint, als die anderen, als Ursache oder Grund bezeichnet.[1])

Die Jurisprudenz hat aber noch einen *engeren technischen* Begriff der sog. echten Bedingung aufgestellt: die echte (juristisch-technische) Bedingung ist *ein dem gesetzlichen Thatbestande des Rechtsgeschäftes selber fremder, objectiv ungewisser (zukünftiger) Thatumstand, von dessen Eintritt oder Nichteintritt die Entstehung oder Endigung einer Rechtsfolge abhängig gemacht ist.*

Um die praktische Bedeutung dieses engeren Bedingungsbegriffes zu würdigen, müssen wir den Sinn der Beziehung zwischen den sprachlichen Partikeln „wenn“ und „so“ ins Auge fassen: das „wenn“ leitet für das Subject das Motiv ein zu dem mit „so“ beginnenden Folgesatz, es ist ein auf die Zukunft übertragenes „weil“; es enthält also die Bedingung eine Anticipation der Zukunft. „Kein Verkehr, und wäre er

[1]) Vgl. *Kuhlenbeck*, der Schuldbegriff § 2 S. 61—67.

noch so niedrig entwickelt, vermag sich ausschliesslich auf die Verhältnisse in der Gegenwart zu beschränken; schon die einfachsten Bedürfnisse treiben den Menschen in die Zukunft, und das Recht muss ihm die Formen gewähren, um sich für seine Zwecke die Zukunft zu sichern. Wer könnte, wenn er für das von ihm zu bauende Haus einer Servitut bedarf, warten bis dasselbe gebaut ist, oder, wenn er über ein halbes Jahr eine Wohnung nöthig hat, bis dahin den Miethcontract aufschieben? Daraus ergiebt sich für den Rechtsverkehr die Nothwendigkeit des *dies ex quo.* Allein der *dies* reicht nicht aus. Die Dispositionen für die Zukunft hängen in ihrer Zweckmässigkeit und Nothwendigkeit oft noch von zukünftigen Verhältnissen ab; dürfte man sie nur schlechthin treffen, so würde man sich in manchen Fällen ihrer gänzlich enthalten. Darauf beruht das Verkehrsbedürfniss der Bedingung. Erst sie verleiht der Idee der rechtlichen Beherrschung der Zukunft ihren vollständigen praktischen Abschluss, indem sie uns das Mittel gewährt, Combinationen, Berechnungen, Erwartungen, kurz das bloss Mögliche mit derselben Sicherheit, als wäre es bereits wirklich, in den Kreis unserer Operationen zu ziehen — sie emancipirt von der Schranke der Gegenwart und ermöglicht es, die Zukunft von sich, ohne sich von ihr abhängig zu machen.“ [1])

[1]) v. Ihering, Geist des röm. Rechts IV S. 164.

Dazu Note 208: „Die im Text entwickelte Bedeutung der Bedingung ist von den römischen Juristen mit gewohntem Takt vollkommen richtig erfasst, indem sie das Moment des Zukünftigen in die Definition der Bedingung aufnehmen und als Kriterium der echten Bedingung den Zustand der objectiven Unentschiedenheit oder Pendenz, d. h. des Werdens bezeichnen; ein bedingtes Geschäft ist ihnen ein werdendes, aber ein solches, welches die gesetzlichen Bedingungen seines Werdens bereits vollständig in sich trägt und nur noch ein seinem abstrakten Thatbestand fremdes, aber für den concreten Einfluss wesentliches Moment zu überwinden hat. Es gereicht unserer Jurisprudenz nicht zur Ehre, dass sie diesen so einfachen und doch so grandiosen, tiefen und wahren Gesichtspunkt bisher so gänzlich übersehen konnte, während sie nicht müde ward, in echt scholastischer und meines Erachtens recht unergiebiger Weise den logischen Mechanismus der Bedingung zu erörtern und mit ameisenartiger Geschäftigkeit das Detail der Lehre von den Bedingungen zu durchwühlen.“

Die Bedingung ist eine Form, um das Rechtsgeschäft, das sonst nur vom Dasein der gesetzlichen Voraussetzungen (Rechtsbedingungen) abhängen würde, auch in ein Abhängigkeitsverhältniss von den Motiven zu bringen; sie ist eine individuelle Erweiterung des Thatbestandes. Dies liegt schon in dem lateinischen Worte *con-ditio*, Zugabe zum gesetzlichen Thatbestande, ausgedrückt. Wenn ein Moment des gesetzlichen Thatbestandes selber als Bedingung ausgedrückt wird, so liegt im juristischen Sinne ein unbedingtes Rechtsgeschäft vor.[1])

Die echte Bedingung soll einen objectiv ungewissen Umstand enthalten.[2]) Das Gebiet des objectiv Ungewissen ist aber lediglich die Zukunft. Damit scheiden aus a) die *conditiones in praesens vel praeteritum collatae*;[3]) bei ihnen ist das Rechtsgeschäft keinen Augenblick in der Schwebe. Doch kann auch für die Zukunft manches objectiv gewiss sein, und scheiden deshalb ferner aus b) die unmöglichen Bedingungen. Die Unmöglichkeit kann factischer Art sein,[4]) aber auch rechtlicher Art: ein Erfolg, der nach

[1]) *L.* 3 *de leg. I* (30): *Haec verba: „quisquis mihi ex supra scriptis heres erit“ aut „si heres erit Sejus“ vel „si hereditatem adierit“ subjectum legatum vel fideicommissum non faciunt conditionale.* Im Allgemeinen ist die *conditio juris* unschädlich. Doch bei streng formalen Rechtsgeschäften, den *actus legitimi* der *l.* 77 *D. de reg. jur.* 50, 17, die keine Bedingung vertragen, zog auch die Hinzufügung einer *conditio juris* Nichtigkeit nach sich. Dies war der Sinn der Regel: *expressa nocent, non expressa non nocent. l.* 195 *de reg. jur.* 50, 17 *l.* 52 *D.* 35, 1 *l.* 8 *D.* 26, 1 *l.* 43 *D. pr. de jure dot.* 23, 3.

[2]) Den Gegensatz des bloss subjectiv ungewissen bezeichnet *l.* 7 § 1 *D.* 18, 1 mit den Worten: *magis ignoratur quam in rei veritate incertum est.*

[3]) *l.* 100 *D. de verb. obl.* 45, 1: *conditio in praeteritum sive tantum praesens tempus collata statim aut peremit obligationem aut non differt. l.* 3 § 13 *D.* 38, 2: *si tamen in praeteritum collata sit conditio vel ad praesens, non videtur sub conditione institutus, aut enim impleta est et pure institutus aut non est et nec heres institutus est. l.* 16 *D. de injusto rupto* 28, 3 (ein interessanter Fall).

[4]) Nicht zu verwechseln ist Unmöglichkeit mit blosser Schwierigkeit oder individueller Unmöglichkeit. Doch ist der Begriff kein abstracter, sondern ein relativer, nur dass die Relativität sich nicht bis zum Verhältniss der einzelnen Person erstreckt, sie ist nach Massgabe von Ort

der Rechtsordnung nicht eintreten darf, weil er gegen das zwingende Recht verstösst, gilt als unmöglich. Mit der unmöglichen Bedingung fällt daher für die römischen Juristen theilweise zusammen die unsittliche.[1]) Die unmöglichen Bedingungen lassen, wenn das Entstehen einer Rechtswirkung davon abhängig gemacht wird, das Rechtsgeschäft insofern nicht zur Wirksamkeit gelangen, „machen es" also nach der gewöhnlichen Redewendung „nichtig"; umgekehrt wird eine negativ unmögliche Bedingung oder eine unmögliche (positive) Resolutivbedingung dem Rechtsgeschäft nicht schaden, also als überflüssige Zuthat erscheinen. Dies ergiebt die natürliche Logik, und es ist lediglich eine Ungenauigkeit, wenn vielfach in Pandektenlehrbüchern, z. B. Arndts § 66, Wächter § 60 schlechthin gelehrt wird, jede unmögliche Bedingung, also auch die negative und die Resolutivbedingung, d. h. die, von deren Eintritt die Endigung einer Rechtswirkung abhängt, habe Nichtigkeit zur Folge.

Eine besondere Auslegungsvorschrift stellt aber das Pandektenrecht für die unmögliche Bedingung bei letztwilligen Verfügungen auf: hier sollen sie für nicht geschrieben erachtet, also gar nicht berücksichtigt werden.[2]) Die Auslegungsregel entspringt dem sog. *favor supremi judicii*, d. h. dem Grundsatz, dass letztwillige Verfügungen möglichst aufrecht zu erhalten sind. Allein diese doch rein subsidiäre Auslegungsregel kann vernünftiger Weise nur auf solche unmögliche Bedingungen angewandt werden, deren Unmöglichkeit der Verfügende selbst nicht kannte. War sich der Verfügende der Unmöglichkeit bewusst, so ist anzunehmen, dass er sich mit der Zuwendung unter einer solchen nur einen schlechten Scherz erlaubte, dass er seinen Willen, dem so im Testamente Bedachten Nichts zuzuwenden, nur in eine möglichst scharfe

und Zeit zu bestimmen. *l.* 6 *D.* 28. 4 *l.* 94 *pr. D.* 35, 1 *l.* 137 *D. de verb obl.* 45, 1.

[1]) *l.* 15 *D. de cond. inst.* 28, 7: *Nam quae facta laedunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram et ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est* (*Papinian*).

[2]) *L.* 3 *D. de cond.* 35, 1: *obtinuit, impossibiles conditiones testamento adscriptas pro nullis habendas.*

Wendung einkleiden wollte, und es würde gegen jede Billigkeit und gegen die Achtung vor dem letzten Willen verstossen, auch in diesem Falle jene Auslegungsregel zur Anwendung zu bringen.[1])

c) Die nothwendige Bedingung. Auch sie kann positiv oder negativ sein, im letzteren Falle fällt sie mit der unmöglichen zusammen; sie kann ferner eine factisch oder juristisch nothwendige sein. Uebrigens kann die positiv nothwendige Bedingung eine Befristung, einen Aufschub der Rechtswirkung enthalten; das Rechtsgeschäft ist alsdann sofort perfect und gewiss, *dies cedens* ist gegeben, aber die Fälligkeit (*dies veniens*) des Anspruchs ist aufgeschoben.[2])

d) Ungültig wird jedes Rechtsgeschäft, sowohl dasjenige unter Lebenden wie das von Todeswegen durch die sog. *conditio perplexa*, die einen logischen Widerspruch in die Willenserklärung bringt (Bsp.: *l.* 16 *D. de cond.* 28, 7. *l.* 88 *pr. D. ad L. fals.* 35, 2.[3]) *l.* 39 *D. de manum. test.* 40, 4).

Der Umstand, der als Bedingung gesetzt ist, kann ein vom Willen der Betheiligten unabhängiges Ereigniss sein, — eine solche Bedingung heisst casuell (*conditio casualis*) — oder aber eine freiwillige Handlung eines der Berechtigten, sog. Potestativbedingung. Nicht zu verwechseln ist die Potestativbedingung mit der auf das reine (nackte) Wollen gestellten Bedingung „*si volueris*"; ist diese gestellt auf das Wollen des Gläubigers, so ist eine unbedingte Verpflichtung gegeben, auch im Zweifel eine besondere Erklärung des Gläubigers zur Entstehung der Verpflichtung nicht mehr erforderlich (Seuffert Archiv 1893 S. 17); ist sie dagegen gestellt auf den Willen des Schuldners, so liegt eine rechtlich bedeutungslose, nichtige Willenserklärung vor. *L.* 46 § 3 *D.* 45, 1. Die Potestativbe-

[1]) z. B. wenn in einem Testamente gesagt wäre, A. soll 10000 ℳ. erhalten, wenn er mit einem Luftballon auf den Mond gelangt. *L.* 101 *pr. D. de condit.* 35, 1: *cum in conditionibus testamentorum voluntatem potius quam verba considerari oporteat.*

[2]) *L.* 8 *D. de verb. obl.* 45, 1. *licet ad conditionem committi videatur, dies tamen superest.*

[3]) „*τῶν ἀπόρων hanc quaestionem esse, qui tractatus apud dialecticos τοῦ ψευδομένου dicitur*"; es handelt sich um das sog. Dilemma.

dingung kann zwar auf den Willen des bedingt Verpflichteten gestellt sein, es muss aber eine andere Handlung als die blosse Erklärung des Wollens, auch nicht eine blosse Verkleidung des Wollens der rechtlichen Wirkung der Willenserklärung in Frage kommen (Windscheid, Pand. I § 93). Ob eine Bedingung potestativ oder casuell ist, haben wir lediglich vom Standpunkte des bedingt Berechtigten zu entscheiden, für diesen ist jede Handlung eines Dritten casuell. Justinian hat diese Classification noch durch die Aufstellung des werthlosen logisch unreinen Mittelbegriffs der sog. *conditio mixta* vermehrt, welche theils vom Zufall, theils auch von dem Willen des Berechtigten abhängt.[1]) Eine praktische Bedeutung hatte der Unterschied der Potestativ- und Casual-Bedingung lediglich im älteren römischen Erbrecht, sofern ein *suus heres* zwar unter einer Potestativbedingung zum Erben eingesetzt werden durfte, nicht aber unter einer casuellen, es sei denn, dass man ihn für den Fall des Nichteintritts ausdrücklich enterbte.[2])

Heutzutage ist innerhalb des Begriffs der echten oder technisch-juristischen Bedingung nur die in der vorausgesandten Definition mit eingeschlossene Scheidung in Suspensiv- oder Resolutivbedingung, aufschiebende oder auflösende Bedingung von besonderem praktischen Interesse. Die Suspensivbedingung stellt das Entstehen, die Resolutivbedingung der Endigung der rechtlichen Wirkung ins Ungewisse.

Das Bürgerliche Gesetzbuch setzt den im Vorstehenden gegebenen Begriff der Bedingung im engeren Sinne voraus, wenn es den Ausdruck „Bedingung“ anwendet.

Die Anwendung der Bedingung erstreckt sich über das ganze Rechtsgebiet, ihr bevorzugter Spielraum ist freilich das Obligationenrecht.

Unwirksam ist eine bedingte Aufrechnung (§ 388 B.G.B.), eine bedingte Auflassung (§ 925 B.G.B.), unstatthaft eine bedingte Eheschliessung (§ 1317 B.G.B.), bedingte Anerkennung der Ehelichkeit (§ 1598 B.G.B.), bzw. Ehelichkeitserklärung

[1]) *l. un.* § 7 *C. de cad. toll.* 6, 51.

[2]) *l.* 4 *Cod.* 6, 25.

(§ 1724 B.G.B.), oder Annahme an Kindesstatt (§ 1742), eine bedingte Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft (§ 1947), unwirksam endlich die bedingte Annahme des Amts des Testamentsvollstreckers (§ 2202, Abs. 2).

Die allgemeine Regel ist: Wer die Freiheit der Entschliessung (des Wollens) hat, hat auch das Recht, seine Disposition an eine Bedingung zu knüpfen, sofern nicht das Gesetz dieselbe ausdrücklich oder stillschweigend ausschliesst. Letzteres aber geschieht theils aus zwingenden Gründen sittlichen Gefühls, so in den erwähnten familienrechtlichen Fällen der §§ 1317, 1598, 1714 B.G.B., theils im Interesse der Sicherheit des Verkehrs (§ 925 cit.) oder rechtlichen Bestimmtheit (§ 383 cit.). Ausserdem kann die Bedingung unzulässig sein, wenn sie einer Erklärung die vom andern Vertragstheile zu beanspruchende Bestimmtheit raubt, z. B. eine bedingte Kündigung braucht Niemand anzunehmen.[1])

§ 9.

II. Die Suspensivbedingung. Gebundenheit *pendente conditione,* die Frage der rückwirkenden Kraft des Eintritts der Bedingung.

Die aufschiebende Bedingung begründet einen Zustand der Ungewissheit, den sog. Schwebezustand des Rechtsgeschäfts, der nur einen Sonderfall des bereits mehrfach erwähnten sich successiv realisirenden Thatbestandes darstellt. Denn ihr eigentliches Wesen besteht ja darin, dass

[1]) Nicht besonders erwähnt haben wir im Text die unsittliche Bedingung (*conditio turpis*). Vgl. not. 8 oben. Sie wird wie die unmögliche behandelt, d. h. Rechtsgeschäfte unter Lebenden werden durch ihre Hinzufügung ungültig; bei Rechtsgeschäften von Todeswegen wird sie gestrichen, *pro non scripto habetur*. Massgebend ist dabei übrigens nicht allein der Inhalt der Bedingung, sondern die ganze Tendenz des Rechtsgeschäftes, die Bedingung soll kein Mittel gewähren, unsittliche Zwecke zu verfolgen. Was unsittlich ist, wird stets von den keineswegs constanten Anschauungen der Zeit abhängen. Vgl. darüber oben I § 5 S. 31, ferner Kuhlenbeck, Rechtsprechung I S. 234—250. Die Frage fällt somit unter die Lehre vom gegen die guten Sitten verstossenden Rechtsgeschäft. Aus den Pandekten: *l.* 15 *D.* 28, 7. *l.* 9. *l.* 7. *eod. l.* 134 *D.* 45, 1.

sie den bedingenden Umstand zu einem constituirenden Factor, zu einem wesentlichen Thatbestandsmomente stempelt; nicht mehr die Willenserklärung allein, sondern nur noch ihre Verbindung mit einer anderen Thatsache soll gewisse Wirkungen erzeugen. Dennoch ist zweifellos schon in der Schwebezeit (*pendente conditione*) eine gewisse rechtliche Gebundenheit des Willens vorhanden; wie bei vielen anderen sich successiv realisirenden Thatbeständen (Windscheid, Pand. § 67), so erzeugt auch hier der eine, vorläufig allein realisirte Theil des Thatbestandes, die bedingte Willenserklärung, für sich allein schon rechtliche Wirkungen, die aber streng zu scheiden sind von den anderen nur möglicher Weise existent werdenden, also einstweilen noch nicht existenten Rechten und Pflichten.

Die rechtliche Gebundenheit des bedingt Verpflichteten äussert sich zunächst dadurch, dass der bedingt Berechtigte gegen jede dolose Vereitelung oder Beeinträchtigung der Bedingung von seiner Seite geschützt ist. Das römische Recht gewährte diesen Schutz dem Gläubiger dadurch, dass es im Falle einer dolosen Vereitelung die Bedingung als erfüllt gelten liess (fingirte). *L.* 161 *D. de R. J.* 50, 17.[1]) Das Bürgerliche Gesetzbuch hat denselben Grundsatz noch deutlicher in § 162 dahin gefasst:

[1]) *In jure civili receptum est, quotiens per eum, cujus interest conditionem non impleri, fiat quominus impleatur, perinde haberi ac si impleta conditio fuisset.*

Ein anderer Fall ist der, dass derjenige, dem durch die Erfüllung ein Vortheil zugehen soll, sie hindert und mithin auf diesen Vortheil verzichtet. *L.* 24 *D. de condit.*: *Jure civili receptum, quotiens per eum, cujus interest conditionem impleri, fit quominus impleatur, ut perinde habeatur ac si impleta fuisset conditio.* Diese *lex* bezog sich nur auf Vermächtnisse und Legate, bei denen nach einer günstigen Auslegungsregel angenommen wird, dass der Verfügende im Zweifel weniger den Erfolg als den guten Willen des bedingt Bedachten im Auge hat. *L.* 54 *D.* § 2. *D. de leg. I* (30): *Sed si servi mors* (Savigny III S. 148 will hier freilich *mora* lesen) *impedisset manumissionem, cum tibi legatum esset si eum manumisisses, nihilominus debetur libi legatum, quia per te non stetit quominus perveniat ad libertatem.* *L.* 31. *D. de cond.* 35, 1. Anders, wenn er schlechterdings das bezeichnete Ereigniss voraussetzte. *L.* 23 § 2 *D. ad l. Aqu.* 9, 2. *L.* 101. *pr. D. de cond. L.* 20 § 3 *D. de statulib.* 40, 7. Auch zu Gunsten der Freiheit (ebenfalls *causa favorabilis*) soll

„Wird der Eintritt der Bedingung von der Partei, zu deren Nachtheil er gereichen würde, wider Treu und Glauben verhindert, so gilt die Bedingung als eingetreten.

Wird der Eintritt der Bedingung von der Partei, zu deren Vortheil er gereicht, wider Treu und Glauben herbeigeführt, so gilt der Eintritt als nicht erfolgt.“

„Wider Treu und Glauben“ bedeutet nichts anderes als „dolos“ in demjenigen umfassenden Sinne, den das römische Recht dem *dolus* als Negation der *bona fides* zu Grunde legt und den wir später (§ 19 dieses Theils) entwickeln werden.[1])

Aber das Bürgerliche Gesetzbuch dehnt den Schutz des bedingt Berechtigten bzw. die obligatorische Gebundenheit des bedingt Verpflichteten noch weiter aus in seinen §§ 160, 161:

§ 160: „Wer unter einer aufschiebenden Bedingung berechtigt ist, kann im Falle des Eintritts der Bedingung Schadensersatz von dem anderen Theile verlangen, wenn dieser während der Schwebezeit das von der Bedingung abhängige Recht durch sein Verschulden vereitelt oder beeinträchtigt.“

eine Bedingung, von der sie abhängt, immer so verstanden werden, dass, wenn der Sclave etwas thun soll, es hinreicht, wenn nur von seiner Seite kein Hinderniss bestand, *L.* 28 *pr. eod.* 40, 7. *L.* 94 *D. de cond.* — Die Regel des Bonifacius VIII. *c.* 66 *de R. J. in VI: Cum non stat per eum, ad quem pertinet, quominus conditio impleatur, haberi debet perinde ac si impleta fuisset*, ist in dieser Allgemeinheit falsch.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat denselben Grundsatz für letztwillige Verfügungen aufgenommen in § 2076: Bezweckt die Bedingung, unter der eine letztwillige Zuwendung gemacht ist, den Vortheil eines Dritten, so gilt sie im Zweifel als eingetreten, wenn der Dritte die zum Eintritte der Bedingung erforderliche Mitwirkung verweigert.“ — Für diesen Fall kann auch dem oben § 7 als logisch unrein getadelten Mittelbegriffe der *Conditio mixta* immerhin eine gewisse juristische Berechtigung zuerkannt werden.

[1]) Vgl. § 157 B.G.B. R.G. II. Nr. 38 S. 144. X. S. 296. XIV. S. 161, 171. R.O.H.G. XXI. S. 125. Seuffert Arch. Bd. 36 Nr. 9. *Code civil* 1134, 1178. Pr. A.L.R. I 4 § 105.

§ 161: „Hat Jemand unter einer aufschiebenden Bedingung über einen Gegenstand verfügt, so ist jede weitere Verfügung, die er während der Schwebezeit über den Gegenstand trifft, im Falle des Eintritts der Bedingung insoweit unwirksam, als sie die von der Bedingung abhängige Wirkung vereiteln oder beeinträchtigen würde. Einer solchen Verfügung steht eine Verfügung gleich, die während der Schwebezeit im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Concursverwalter erfolgt."

Es unterscheidet darnach 1) bedingte Rechtsgeschäfte, die nur die Verpflichtung zu einer Verfügung, d. h. zur unmittelbaren Uebertragung von Rechtsgeschäften begründen und 2) solche bedingte Rechtsgeschäfte, die unmittelbar ein Recht übertragen. Für erstere normirt es (§ 160) eine rein obligatorische Gebundenheit, der bedingt Verpflichtete haftet aber innerhalb derselben mit demselben Grade der Sorgfalt, den das Rechtsgeschäft fordern würde, wenn es unbedingt wäre; beispielsweise hat also z. B. Verkäufer jede Fahrlässigkeit zu vertreten (§ 276), Schenker nur grobe Fahrlässigkeit (§ 521). Die Haftung erstreckt sich auf jede thatsächliche oder rechtliche Einwirkung auf den Gegenstand des Rechtsgeschäftes. — Dagegen schafft die unmittelbare bedingte Verfügung (§ 161) sogar eine dingliche Gebundenheit des Gegenstandes (Gesichtspunkt der passiven Gebundenheit, siehe oben § 1 S. 73). Verfügungen also, welche den Eintritt der bedingten Rechtsfolge vereiteln oder beeinträchtigen, sind unwirksam.

Eine andere rechtliche Wirksamkeit der bedingten Willenserklärung vor Eintritt der Bedingung ist die, dass unter Umständen der bedingt Berechtigte eine Caution fordern kann; er kann zu ihrem Schutze einen Arrest verlangen, er kann sie im Concurse des Schuldners anmelden,[1]) auch Anerkennungsklagen in Bezug auf bedingte Rechte sind zulässig (§ 231 C.P.O.). Die bedingte Forderung ist übertragbar,[2])

[1]) *L.* 6 *pr. l.* 14 § 2 *D.* 42. 4 *l.* 4 *D.* 42. 6. R.C.P.O. § 796 R.Conc.O. §§ 47—60.

[2]) *L.* 19 *D.* 18, 4. Man streitet darüber (v. Scheurl, Zur Lehre

pfändbar u. s. w. — Ja, unter Umständen kann dem bedingt Berechtigten sogar schon der Genuss des Rechtes gewährt werden.[1])

Dennoch ist das bedingte Recht noch kein eigentliches Recht, wie der *nasciturus* noch kein Rechtssubject ist, vgl. oben I S. 76—78, sondern nur eine rechtlich geschützte Anwartschaft auf ein Recht, die beim Nichteintritt der Bedingung inhaltslos wird und schwindet. Die *l.* 21 *D.* 46, 3 sagt in solchem Falle vom Schuldner mit Recht: *nec debitor* — nämlich wirklicher, nicht nur möglicher — *fuisse videbitur.*[2]) Da wir somit scharf zwischen der Rolle zu unterscheiden haben, die einerseits der Vertrag selbst für die Entstehung des Rechts spielt und andererseits die Thatsache der (objectiven) Bedingung, so müssen alle subjectiven Voraussetzungen des Rechtsgeschäftes (Handlungsfähigkeit und andere persönliche Eigenschaften) selbstverständlich im Moment des Abschlusses schon vorhanden sein. Nach diesem Moment wird auch die Form des Abschlusses zu beurtheilen sein; wird diese z. B. in der Zwischenzeit zwischem dem Abschluss und dem Eintritt der Bedingung geändert, so bleibt das Rechtsgeschäft gültig, wenngleich die später eingeführte Form essentiell sein will; bei Ansatz von Stempelgebühren z. B. u. s. w. ist der Moment des Abschlusses zu berücksichtigen, nicht derjenige des Eintritts der Bedingung. — Von diesen nur für den Abschluss des Geschäftes wesentlichen Erfordernissen sind solche zu unterscheiden, die sowohl im Momente des Abschlusses als auch im Momente des Eintritts der Bedingung vorhanden sein müssen, weil sie zum dauernden Thatbestande gehören und die

von den Nebenbestimmungen S. 130. Wendt, Die Lehre vom bedingten Recht S. 33, 34; vgl. Hölder, Krit. V.J.Schrift 16 S. 243), ob der Kauf einer bedingten Forderung eine *emptio spei* sei oder nicht. Möglich ist das eine und das andere; gegen Wendt, der die Auffassung als *emptio spei* leugnet, ist z. B. auf *l.* 73 *D.* 35, 2 — *quanti ea spes obligationis venire possit* — zu verweisen. Adikes S. 128.

[1]) Im Fall der *cautio Muciana.* Dernburg, Pand. III § 83 B.G.B. § 2075.

[2]) Der Vertrag, der inzwischen einige wirkliche und andere mögliche Wirkungen erzeugt hatte, wird nun völlig wirkungslos. *L.* 8 *pr. D.* 18, 6. *l.* 37. *D.* 18, 1. *l.* 19 *D.* 18, 4.) *nulla emptio.*

Möglichkeit des bezweckten Rechtsverhältnisses oder Rechtzustandes bedingen, insbesondere Person und Sache. Was erstere anlangt, so steht fest, dass die Person des Legatars den Eintritt der Bedingung erleben muss,[1]) dagegen wird bei bedingten Rechtsgeschäften unter Lebenden die Person des ersten Contrahenten durch seinen Erben ersetzt.[2]) Im Zweifel ist die bedingte Disposition hinfällig (gegenstandslos), wenn vor Eintritt der Bedingung die Sache, auf die sie sich bezieht, durch Zufall untergeht oder auch aus dem Rechtsverkehre tritt.[3])

Wenn die Bedingung eintritt, so ist der Anspruch entstanden, *dies cedit*, die Ausübung desselben kann aber gleichwohl noch betagt sein (*dies nondum venit*), falls nämlich der Bedingung eine Befristung (*dies*) hinzugefügt ist.[4]) Die Hauptfrage aber ist beim Eintritt der Bedingung: von wann an datirt sich die Rechtserwerbung, von wann an gilt das bedingt zugesagte Recht als erworben und treten die Wirkungen der Rechtserwerbung ein? Scheinbar erfordert die natürliche Logik, die Rechtserwerbung erst vom Eintritte der Bedingung an zu datiren, da erst jetzt der Gesammtthatbestand, der ihre Voraussetzung bildet, gegeben ist. Dennoch ist nicht zu bestreiten, dass nach römischem Recht bei Eintritt der Bedingung in der Regel die bei neuen Gesetzen (siehe oben I S. 36 ff., 45) ausnahms-

[1]) *L.* 5 § 2 *D.* 36, 2: *si sub conditione sit legatum relictum, non prius dies legati cedit quam conditio fuerit impleta.*

[2]) § 4 *J. de v. o.* 3, 15: *ex conditionali stipulatione tantum spes est debitum iri eamque ipsam spem in heredem transmittimus si prius quam conditio extet mors nobis contigerit.*

[3]) *L.* 14 *D.* 46, 3. *l.* 8 *pr. D. de periculo* 18, 6: *stipulationes perimuntur, si pendente condicione res extincta fuerit. l.* 3 § 6 *D.* 46, 4.

Die Consequenz ist, dass der Verkäufer, da er sein Geld nur gegen Hingabe der Sache fordern kann, die Gefahr des Untergangs trägt, wenn nicht etwa in gewissem Umfang die Gefahr auf den Käufer abgewälzt ist (*l.* 8 *pr. l.* 10 *pr. D.* 18, 6 *l.* 10 § 5 *D.* 23, 3).

Die Gefahr der Verschlechterung dagegen trägt im Zweifel der Käufer.

[4]) *L.* 4 § 1 *D.* 35, 1: *si ita scriptum est: si in quinquemnium proximo Titio filius natus non erit, tum X. Sejae heres dato, si Titius ante mortuus sit, non statim Sejae X. deberi, quia hic articulus „tum" extremi quinquennii tempus significat.*

weise eintretende ficticische Rückdatirung walten lässt, d. h. das Geschäft wird so behandelt, als ob es schon von Anfang an unbedingt geschlossen worden wäre.[1]) Die hiergegen vielfach erhobenen Einwendungen [2]) scheinen mehr durch den allerdings logisch angreifbaren Ausdruck, „rückwirkende Kraft“, „Rückziehung“ der Bedingung, der dafür die übliche Bezeichnung bildet, als durch sachliche Erwägungen hervorgerufen zu sein. Der Beweis für die praktische Zweckmässigkeit dieser ficticischen Rückdatirung ist dadurch gegeben, dass selbst das Bürgerliche Gesetzbuch, das in seinen Motiven und im § 158 [3]) die sog. Lehre von der rückwirkenden Kraft einstimmig ablehnt, in seinen positiven Bestimmungen sie anerkennt. Thatsächlich ergiebt sich nämlich diese ficticische Zurückdatirung aus dem die sog. dingliche Gebundenheit betreffenden § 161 S. 368 oben. Wenn ich nämlich z. B. am 1. März meinem Gläubiger A. meine Sache unter einer Bedingung verpfände, und während die Bedingung noch schwebt, am 1. Mai dieselbe Sache meinem Gläubiger B. unbedingt verpfände, und nun am 1. Juli die Bedingung eintritt, so gilt das Pfandrecht des A. schon vom 1. März an als unbedingt bestellt, seine Priorität datirt sich also nicht vom 1. Juli, sondern vom 1. März, es geht dem Pfandrechte des B. als älteres vor.

Hat ferner der Eigenthümer einer Sache das Eigenthum an derselben unter einer aufschiebenden Bedingung übertragen und überträgt er später, nachdem er zufällig wieder in den Besitz gelangt ist, während des Schwebens der Bedingung nochmals das Eigenthum auf einen Dritten, so wird mit der Erfüllung der Bedingung die spätere Uebertragung unwirksam, und der Dritte ist der Vindication des vorher be-

[1]) *L.* 11 § 1 *D. qui pot.* 20, 4. *l.* 8 *pr. D. de per. et Comm.* 18, 6. *L.* 16 *D. de solut.* 46, 3. *l.* 78 *D. de v. o.* 45, 1. *l.* 70 *D.* 45, 3. *l.* 18 *D. de R. J.* 50, 17.

[2]) Windscheid, Die Wirkung der erfüllten Bedingung. Basel 1851. Adikes a. a. O. S. 130ff. Regelsberger, Pand. I § 156.

[3]) § 158: „Wird ein Rechtsgeschäft unter einer aufschiebenden Bedingung vorgenommen, so tritt die von der Bedingung abhängig gemachte Wirkung mit dem Eintritt der Bedingung ein.“

dingt Berechtigten ausgesetzt. Ebenso wird, wenn Jemand eine unter einer aufschiebenden Bedingung abgetretene oder erlassene Forderung später nochmals überträgt oder verpfändet, die spätere Cession oder Verpfändung mit Erfüllung der Bedingung unwirksam. — In diesem Sinne ist auch nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch (§ 161) eine rückwirkende Kraft (ficticische Rückdatirung des Eintritts der Bedingung) nicht zu leugnen. Doch wird diese dingliche Wirkung der sog. Rückziehung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch zu Gunsten dritter gutgläubiger Erwerber stark beschränkt (§§ 932—936 B.G.B. bei beweglichen Sachen, §§ 883 ff., bei Grundstücken ist eine Vormerkung im Grundbuch erforderlich).

Ferner gestattet das Bürgerliche Gesetzbuch im § 159, dass die Parteien eine solche ficticische Rückdatirung des Eintritts der Bedingungen ausdrücklich oder stillschweigend ausmachen; dieselbe gilt dann aber ausschliesslich für die Contrahenten mit obligatorischer Wirkung:

> „Sollten nach dem Inhalte des Rechtsgeschäftes die an den Eintritt der Bedingung geknüpften Folgen auf einen früheren Zeitpunkt zurückbezogen werden, so sind im Falle des Eintritts der Bedingung die Betheiligten verpflichtet, einander zu gewähren, was sie haben würden, wenn die Folgen in dem früheren Zeitpunkt eingetreten wären.“

Diese bloss obligatorische Wirkung des Eintritts der Bedingung gilt auch bei einseitigen Verfügungen hinsichtlich des Erwerbs von Früchten und anderen Vortheilen durch den Zwischeneigenthümer. Bei Geschäften von Todeswegen tritt die sog. rückwirkende Kraft nicht ein; hier fällt stets der sog. *dies cedens* mit der Erfüllung der Bedingung zusammen, das Vermächtniss z. B. geht nicht eher auf die Erben des Bedachten über.[1])

[1]) *L.* 2 § 3 *D. de c.* 37, 6. *l.* 14 § 3 *D. quando dies* 36. 2. Näheres im Erbrecht.

§ 10.

Die Resolutivbedingung.[1])

Die Resolutivbedingung oder auflösende Bedingung, von uns bereits oben § 8 S. 359 in die allgemeine Definition aufgenommen, ist diejenige Bedingung, welche die Endigung einer Rechtswirkung von dem Eintritt eines ungewissen zukünftigen Umstandes abhängig gemacht. Ihre practische Bedeutung kommt derjenigen der Suspensivbedingung nicht gleich. Dem römischen Rechte war sie zufolge des Grundsatzes der Einfachheit des Rechtsgeschäfts überhaupt unbekannt; sie ist nachweisslich erst ein Produkt der späteren Jurisprudenz. Den römischen Juristen galt sie als eine dem Hauptgeschäfte hinzugefügte, auf Rückgabe gerichtete Nebenobligation unter einer Suspensivbedingung.[2]) Durch Justinian aber wurde ihr auch eine dingliche und unter Umständen sogar rückwirkende Kraft zuerkannt. Neuerdings wird diese ursprüngliche römisch-rechtliche Auffassung[3]) von vielen Seiten[4]) als unzulässig beanstandet, man legt Werth darauf, dass auch das resolutivbedingte Rechtsgeschäft als einheitliche Willenserklärung gelten müsse.

Nach dieser modernen Auffassung sind sich z. B. die suspensiv- und resolutiv-bedingte Tradition insofern begrifflich völlig gleich, als beide Eigenthumsacte, entwachsen dem Boden des Eigenthums, der Beihülfe der Obligation völlig entbehrend und gleichermassen von der Bedingung innerlich ergriffen, ihrer ganzen Kraft und Existenz nach von ihr afficirt werden; das resolutiv bedingte Eigenthum trägt nach dieser Auffassung schon, bevor es untergeht, den Keim seines Unterganges, seiner Selbstauflösung in sich, und wenn es in Folge des Eintritts der Resolutivbedingung untergeht, so liegt der Grund davon nicht in einer durch die Resolutivbedingung mit dieser

[1]) Literatur: Czylarz, Zur Lehre von der Resolutivbedingung. Prag 1871. Schulin, über Resolutivbedingung. Enneccerus, das Rechtsgeschäft.

[2]) Vgl. Ihering, dogmat. Jahrb. Bd. 10 S. 527 ff.

[3]) *L.* 2 *D.* 18, 2: *pura emptio est, sed sub conditione resolvitur.*

[4]) Vgl. Dernburg, Pand. I § 106 A. 8 u. 9.

Kraft ausgerüsteten Thatsache ausser dem Eigenthum, sondern in der eigenthümlich gearteten Constitution, wenn man so sagen darf, die das Eigenthum mit auf den Weg erhalten hat.[1]) Dass diese moderne Construction, welche wie alle mit mehr gefühlsmässigen als logisch-klaren Allgemeinvorstellungen operirende Dogmatik, durch Gleichnisse sich verständlich zu machen versuchen muss, den Vorzug wissenschaftlicher Klarheit hat, lässt sich nicht behaupten. Sie hat aber auch practische Bedenken, was freilich in den Motiven zum Bürgerlichen Gesetzbuch verkannt wird. Die Motive (I. S. 250) zum Bürgerlichen Gesetzbuch bemerken nämlich: „Das Wesen der auflösenden Bedingung begegnet verschiedener Beurtheilung. Von Mittelmeinungen abgesehen, stehen sich namentlich zwei Auffassungen gegenüber. Nach der einen ist das unter auflösender Bedingung errichtete Rechtsgeschäft eine einheitliche Willenserklärung, welcher die Bedingung untrennbar innewohnt, so dass die auflösende Bedingung gleich der aufschiebenden nichts Anderes ist, als eine besondere Gestaltung des rechtserzeugenden Wollens; nach der anderen Auffassung setzt sich das auflösend bedingte Rechtsgeschäft aus zwei selbständigen Theilen zusammen, einer unbedingten Hauptwillenserklärung und einer auf die Wiederaufhebung aller Wirkungen dieser gerichteten aufschiebend bedingten Nebenwillenserklärung. Welche dieser Auffassungen rechtsphilosophisch den Vorzug verdient, darf dahingestellt bleiben. Jedenfalls kann auch bei Annahme einer unbedingten Haupt- und einer bedingten Nebenwillenserklärung das Verhältniss dieser beiden Willenserklärungen zu einander nicht als das zweier trennbaren, verschiedenen Schicksalen unterliegender Rechtsgeschäfte betrachtet werden, und damit verliert die Meinungsverschiedenheit ihre praktische Bedeutung.“

[1]) Vgl. Unger, System des österr. Privatrechts II S. 65 ff. Salkowski, Novation S. 442. Dagegen v. Ihering, Jahrb. X S. 544 ff. Czylarz a. a. O. S. 24 ff. Windscheid (Programm über die Wirkung der erfüllten Bedingung 1851 S. 24) hat früher eine andere Anschauung vertreten, sie aber später, Pand. I. § 86 zu Gunsten der hier vertretenen aufgegeben.

Wir werden jedoch sehen, dass die römisch-rechtliche Auffassung der Resolutivbedingung eine praktische Bedeutung sowohl in materiellrechtlicher als auch besonders in beweisrechtlicher Beziehung (vgl. den folgenden § 11) beansprucht. Zunächst ist daran festzuhalten, dass eine dingliche Wirkung des Eintritts der Resolutivbedingung dem Wesen der römischrechtlichen Resolutivbedingung widerstreiten musste. Dass sie im klassischen Rechte auch nicht Platz griff, findet man sowohl von v. Ihering wie von Czylarz a. a. O. hinlänglich nachgewiesen. Justinian erst hat und zwar nur zur Verstärkung des obligatorischen Anspruchs ein dingliche Klage gewährt, mittels deren der resolutiv Berechtigte nicht mehr genöthigt ist, die Rechtsübertragung zu verlangen, sondern einfach die Herstellung des seinem Rechte entsprechenden factischen Zustandes geltend machen kann. Freilich ist auch diese dingliche Wirkung gemeinrechtlich nicht unbestritten geblieben.[1]) Czylarz (a. a. O. S. 51 ff.) will sie beschränken auf den Fall einer resolutivbedingten *addictio in diem* (Nebenvertrag beim Kauf des Inhaltes, dass der Kauf rückgängig werden soll, wenn binnen einer gewissen Frist ein Anderer vortheilhaftere Anerbietungen machen und Verkäufer diese annehmen werde, *l.* 14 § 1, 2 *D. de in diem add.* 18, 2.) Allein die Quellen sprechen sie auch noch in anderen Fällen ganz entschieden aus (*Cod. de pact. inter empt.* 4, 54 *cot* 4, *l.* 8 *D. de lege commiss.* 18, 3). Das Geschäft und das erworbene Recht wird nach dieser Justinianischen Neuerung in der Weise *ex tunc* wieder aufgelöst, dass alle Dispositionen, welche der Erwerber über die empfangene Sache in der Zwischenzeit zum Nachtheil des Rückerwerbers getroffen hatte, mit dem Eintritt der Bedingung ganz von selbst zusammen fallen und das Eigenthum der angegebenen Sache ganz von selbst (*ipso jure*) an den Rückerwerber zurückfällt.

Die Resolutivbedingung erhielt durch diese Fortbildung die Bedeutung einer *lex rei suae dicta*, eines obligatorischen Nebenvertrages, den das Recht mit dinglicher Wirksamkeit

[1]) Vgl. Riesser in Lindes Zeitschr. Bd. 2 S. 1 ff., 270 ff. Gegen ihn Vangerow, Bd. I. S. 149 ff.

versah.[1]) Principiell war also die Resolutivbedingung nur ein Auflösungsvertrag, dessen Wirkung in der Hauptsache mit der *datio ob causam*, d. h. einem Geschäfte unter bestimmter Voraussetzung (Bedingung im weiteren Sinne) zusammentraf. Ihre besonderen Unterschiede von letzterer waren nur folgende: Bei der Resolutivbedingung wurde das Geschäft sofort perfect, während es bei der *datio ob causam* erst mit dem Eintritt der *causa* perfect wurde. *Existente conditione* wurde das Geschäft bei der Resolutivbedingung rückgängig, bei der *datio ob causam* dagegen war *re non secuta* nur die Perfection vereitelt, in Folge dessen wurden bei der Resolutivbedingung die Wirkungen des Geschäftes, hier dagegen nur die Vorbereitungen desselben vereitelt.

Erst durch die später eingeführte dingliche Wirkung des Eintritts der Resolutivbedingung hat dieselbe eine besondere praktische Bedeutung neben der *ob causam condictio* erlangt. v. Ihering (Geist des röm. Rechts III S. 208) glaubt die Resolutivbedingung in dieser modern-römischen Gestalt, d. h. als dinglich-geschützten Vertrag vom legislativen Standpunkte aus als einen der verwerflichsten Rechtsmechanismen bezeichnen zu sollen, die es gibt; — „die Form, die ihr (der Resolutivbedingung) gebührt, und die sie stets hätte behalten sollen, ist die des persönlichen Anspruchs (Contractsklage oder *condictio causa data causa non secuta*), in ihrer modern-römischen Gestalt schliesst sie eine grosse Gefahr für das Eigenthum und eine ergiebige Quelle bedenklichster Verwirrung in sich“. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat jedoch, indem es die Resolutivbedingung grundsätzlich der Suspensivbedingung gleichstellt, unter Verkennung des hervorgehobenen praktischen Unterschiedes an der dinglichen Wirkung des Eintritts der Resolutivbedingung festgehalten. § 158: mit dem Eintritte der Bedingung endigt die Wirkung des Rechtsge-

[1]) „Nicht eine künstliche Verrenkung des Eigenthums, vermöge deren derselbe, wenn die Bedingung eintritt, sich hinterher in Nichts auflöst, ist es, wodurch die dingliche Wirkung der Resolutivbedingung gesichert wird, sondern einfach die (durch eine ganze Reihe von Beispielen documentirte) vom späteren Rechte beliebte Ausstattung des obligatorischen Vertrages mit dinglicher Wirksamkeit.“ Ihering a. a. O. S. 570.

schäftes; „mit diesem Zeitpunkte tritt der frühere Rechtszustand wieder ein“ (also *ipso jure*).

Hiernach ist das Rechtsverhältniss *pendente conditione* folgendes: Der Inhaber des auflösend bedingten Rechtes kann das Recht in seinem ganzen Umfange geltend machen, wer z. B. das Eigenthum einer Sache unter auflösender Bedingung erworben hat, kann die Sache weiterübereignen, wie ein unbedingter Eigenthümer; wer unter auflösender Bedingung eine Forderung erlangt hat, kann den Schuldner zur Erfüllung derselben anhalten u. s. w. Mit dem Eintritt der Bedingung aber verliert er sein bisheriges Recht kraft Gesetzes, ohne dass es erst einer besonderen Rückübertragung des Eigenthums oder der Forderung an den Bedingtberechtigten bedürfte. Ja, diese dingliche Wirkung hat sogar insofern rückwirkende Kraft, als nach § 161 Abs. 2 auch bei einer auflösenden Bedingung, jede Verfügung des resolutiv Berechtigten, die er während der Schwebezeit über den Gegenstand getroffen hat, *ipso jure* insoweit unwirksam wird, als sie die von der Bedingung abhängigen Wirkungen vereiteln oder beeinträchtigen würde.[1]) Beschränkt wird übrigens diese nach v. Ihering bedenkliche Wirkung durch die von ihr nicht berührten Vorschriften zu Gunsten des gutgläubigen Erwerbers (§§ 405, 892, 893, 932—936, 1032, 1207).

Abgesehen von § 161, 2 ist indessen die „Rückbeziehung des Eintritts der Resolutivbedingung kraft Gesetzes“ ausgeschlossen und, soweit sie etwa ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart sein sollte, nur von obligatorischer Bedeutung. Nur der resolutiv Berechtigte wird durch eine schuldhafte Beeinträchtigung oder Vereitelung der Wirkungen des Eintritts der Bedingung, ebenso wie der suspensiv Verpflichtete dem anderen Theile schadensersatzpflichtig (§ 160, 2). Endlich gelten noch die Vorschriften des § 162, nach dem die Bedingung als eingetreten gilt, wenn ihr Eintritt wider Treu und Glauben von der interessirten Partei verhindert, bezw. als nicht eingetreten

[1]) „Einer solchen Verfügung steht eine Verfügung gleich, die während der Schwebezeit im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter erfolgt“ (§ 161 Abs. 1, 2).

gilt, wenn er wider Treu und Glauben von der interessirten Partei herbeigeführt wird, auch für die Resolutivbedingung.

§ 11.

Beweislast bei der Bedingung.

Für die Frage der Beweislast bei der Bedingung ist die im vorstehenden Paragraphen gekennzeichnete Meinungsverschiedenheit über die grundsätzliche Verschiedenheit oder Gleichartigkeit der Suspensivbedingung und der Resolutivbedingung von entscheidender Bedeutung.

„Wer die Willenserklärung zugibt, aber ihre Bedingtheit behauptet, gibt in Wirklichkeit nicht eine Thatsache zu und behauptet eine andere, sondern behauptet eine Thatsache, die Erklärung eines bedingten Willens, welche Thatsache, eben weil sie eine ist, der Gegner nicht auseinanderreissen darf.“ Nach diesem Satze Windscheids (Pandekten § 86 Nr. 4) hat die herrschende Theorie und Praxis bislang daran festgehalten, dass gegenüber der Behauptung einer Suspensivbedingung oder auch einer (unechten) Bedingung im weiteren Sinne der Kläger die volle Beweislast behält, also nicht etwa der Verklagte die behauptete Bedingung, sondern Kläger die Unbedingtheit des Rechtsgeschäftes zu beweisen habe. Es liegt auf der Hand, dass man für die Resolutivbedingung dieselbe Beweislastvertheilung gelten lassen müsste, wenn man sie ebenso wie die Suspensivbedingung zu einem blossen Accidentale des konstitutiven Rechtsgeschäfts stempelt, also der oben § 10 S. 374 von den Motiven (I, S. 250) als praktisch indifferent bezeichneten einheitlichen Auffassung huldigt. Ist dagegen die Resolutivbedingung eine Nebenwillenserklärung, gerichtet auf Wiederaufhebung der Wirkungen der Hauptwillenserklärung, so erscheint es gerechtfertigt, bezüglich ihrer den Beweis dem Verklagten bezw. demjenigen aufzulegen, der die Hinzufügung derselben geltend macht. Die Praxis der deutschen Gerichtshöfe hat stets die letztere Auffassung vorausgesetzt und die Beweislast bei Behauptung der Resolutivbedingung dem Beklagten auferlegt.[1]) In der (§ 10) er-

[1]) Vgl. R.G. XXVIII, Nr. 31. Seuffert XII, Nr. 203. Ober-

wähnten Aeusserung der Motive und der thatsächlich gleichmässigen Behandlung der Suspensiv- und Resolutivbedingung im Bürgerlichen Gesetzbuche liegt wohl keine zulängliche Veranlassung, von dieser Regelung des Beweises in Zukunft abzuweichen. Denn bei Fragen der juristischen Construction können weder die Motive noch das Gesetz selber eine massgebende Autorität beanspruchen.[1])

Die Frage ferner, ob eine Bedingung suspensiv oder resolutiv gemeint ist, ist eine blosse Auslegungsfrage,[2]) unterliegt also überhaupt nicht, wie z. B. Cosack, Lehrbuch I S. 194 meint, der Beweislast.

§ 12.

Zeitbestimmung (*dies*).

Eine Zeitbestimmung im weiteren Sinne bei einem Rechtsgeschäfte liegt vor, wenn eine rechtliche Wirkung von irgend einem Zeitpunkte, mag sein Eintritt durch einen gewissen oder ungewissen Umstand bestimmt sein, abhängig gemacht wird. Es liegt auf der Hand, dass dieser weitere Begriff der Zeitbestimmung die echte Bedingung mit einschliesst. Denn eine Zeitbestimmung ist auch der *dies incertus an*, sei er nun *certus quando*, z. B. wenn ich einem Vierzigjährigen etwas verspreche auf den Tag, an welchem er seinen siebzigsten Geburtstag erleben würde, oder auch *incertus an et quando*, z. B. auf den Tag, an welchem er einen Sohn bekommen würde. Der *dies incertus* ist natürlich nach den für die Bedingung aufgestellten Grundsätzen zu beurtheilen. Dagegen ist eine Zeitbestimmung im engeren (technischen) Sinne die dem Thatbestande eines Rechtsgeschäftes durch Parteiwillen hinzugefügte Nebenbestimmung, kraft deren die Wirkung ganz oder theilweise von dem Eintritte eines zukünftigen gewissen Umstandes abhängig gemacht ist, also nur *dies certus*. Auch dieser kann

tribunalsentsch. Bd. 72. S. 127. Seuffert Bd. 45, Nr. 77. R.O.H.G. II. S. 92. Gruchot, Beitr. Bd. 24 S. 411. Bolze, Reichsger. I. Nr. 57.

[1]) Vgl. v. Ihering, Geist des röm. Rechts. II. S. 355.

[2]) Vgl. Bolze, Praxis des R.G. VIII. 319, 104. R.G. VII. 184. Bekker, Pand. II § 116. Beil. III.

sein entweder *certus an et quando*, z. B. wenn er lediglich durch einen Kalendertag ausgedrückt wird (ich verspreche Jemandem etwas zum 1. März künftigen Jahres) oder *certus an, incertus quando*, z. B. ich verspreche Jemandem etwas, wenn N. stirbt.

Offenbar kann die Hinzufügung einer solchen *dies certus* einen doppelten Sinn haben:

1. Entweder folgenden: das Recht soll sofort existiren, aber seine Ausübung soll verschoben sein.[1])

2. Oder folgenden: Das Recht selbst soll erst mit dem *dies* entstehen. Diesen Sinn haben wir bei allen nicht obligatorischen Geschäften, z. B. bei Testamenten, dinglichen Verträgen unter Lebenden im Zweifel vorauszusetzen. Nach dem älteren römischen Rechte war eine solche Vertagung der Existenz des Rechtes (*dies ex quo*) unmöglich, es forderte Simultaneität der Wirkungen (vgl. v. Ihering, Geist des röm. Rechtes IV S. 171). Das moderne römische Recht hat jedoch diesen Grundsatz verlassen. Vgl. oben S. 330, 331. Auch der *dies certus* hat eine gewisse Analogie mit der echten Bedingung, und zwar der *dies ex quo* (Anfangstermin) mit der Suspensivbedingung, der *dies ad quem* (Endtermin) mit der Resolutivbedingung. Da bei Rechtsgeschäften, welche die Begründung, Uebertragung oder Aufhebung eines Rechtes zum Gegenstande haben, in der Regel, wie oben bemerkt, der Anfangstermin die Bedeutung hat, dass das Recht selbst mit dem Anfangstermin entstehen soll, so ist auch hier ein gleicher rechtlicher Schwebezustand gegeben, wie bei der aufschiebenden Bedingung; der Unterschied ist nur der, dass die bei der Bedingung vorhandene Ungewissheit, ob die abhängig gemachte Wirkung eintreten wird, bei der Befristung nicht besteht; der Eintritt ist gewiss. Daher hat denn bereits v. Ihering (a. a. O. S. 535) die Grundsätze, welche die Schwebezeit bei der Suspensivbedingung beherrschen, auch auf die Zeit vor

[1]) § 2 *J. de V.O.* 3, 15: *statim debetur, sed postea peti potest.* Für das Obligationenrecht ist diese Meinung als regelmässige vorauszusetzen; denn die Obligation ist auf die Zukunft berechnet. Vgl. *L.* 46 *pr. D.* 45, 1 (*dilata solutio, praesens obligatio*)

Eintritt des *dies ex quo* für anwendbar erachtet. „Bedarf die dingliche Sicherheit, welche die suspensiv bedingte Tradition geniesst, zu ihrer Rechtfertigung nicht der „rückwirkenden“ Kraft der Bedingung, sondern stützt sie sich einfach auf den Gesichtspunkt sachlicher Gebundenheit, so ist der Theorie, welche der Tradition *ex die* aus dem Grunde, weil bei ihr die Rückwirkung cessirt, jene dingliche Sicherheit abspricht, jeder Grund und Boden entzogen, — der angebliche Unterschied beider erweist sich als völlig hinfällig, und man hat nur die Wahl, beiden Arten der Tradition entweder bloss eine obligatorische Wirkung zuzugestehen oder beide mit dinglicher Wirkung auszustatten. Ein verständiger Grund für die Verschiedenheit ihrer praktischen Behandlung ist in der That nicht abzusehen. Ob ich dem A. eine Sache übergebe mit der Bestimmung: sie soll dein Eigenthum sein, wenn du mich überlebst — ein *dies incertus an et quando*, also eine *conditio* im eigentlichen Sinne — oder: nach meinem Tode soll sie an dich oder deine Erben fallen — ein *dies certus an, incertus quando*, also ein *dies* im technischen Sinne — was in aller Welt soll dieser Unterschied verschlagen, wenn es sich darum handelt, ob mir die Befugniss zusteht, diese Eigenthumsexpectanz durch entgegengesetzte Verfügungen zu vereiteln? Wenn aber denn einmal ein Unterschied gemacht werden soll, welcher Unbefangene kann verkennen, dass die Entscheidung eher zu Gunsten des *dies*, als der *conditio* ausfallen müsste? Oder soll das unsichere Recht einen begründeteren Anspruch auf Schutz haben, als das sichere?“ (v. Ihering, a. a. O. S. 535).

Demgemäss hat auch das Bürgerliche Gesetzbuch die für den Schwebezustand bei der aufschiebenden Bedingung geltenden Vorschriften (S. 367 ff. oben) in § 163 auf die aufschiebende Zeitbestimmung für entsprechend anwendbar erklärt. Beim *dies ad quem* (Endtermin) ist das Recht auf Endigung des Rechtsverhältnisses und Zurückgabe des Geleisteten sofort ein festes und unbedingtes. Aber streitig ist im Pandektenrecht, ob nach dem Willen Justinians (*L.* 2 *Cod. de don.* 8, 55) der Empfänger einer Sache unter Endtermin mit Ablauf der Zeit nur durch eine persönliche Klage (*condictio*)

zur Rückgabe obligirt ist oder ob auch hier, wie bei der Resolutivbedingung der Geber *ipso jure* das Eigenthum zurückerhält. Wächter (Pand. I § 79) vertritt erstere, v. Iherin (a. a. O. S. 579) letztere Auslegung. Nach § 163 des B.G.B. gelten jedoch für den Endtermin schlechthin dieselben Normen, wie für die Resolutivbedingung: es ist also auch beim Endtermin eine dingliche Gebundenheit der geleisteten Sache anzunehmen; der Eintritt des Endtermins wirkt unmittelbar, der frühere Zustand wird kraft Gesetzes für die Zukunft wieder hergestellt (§ 158 Abs. 2). Auch die Verfügungen, die der Empfänger in der Zwischenzeit über den Gegenstand getroffen hat, werden insoweit unwirksam, als sie dem nun *ipso jure* wiedereintretenden früheren Rechtszustande widersprechen (vorbehaltlich hier, wie bei den Resolutivbedingungen der Vorschriften zum Schutze des gutgläubigen Erwerbers). (§§ 405, 892, 893, 932—936, 1032, 1207.) Sofern eine Wiederherstellung durch Verschulden des Zwischenberechtigten vereitelt oder beeinträchtigt worden ist, wird dieser nach § 160 Abs. 2 schadensersatzpflichtig.

Gleichwohl sind auch jetzt noch folgende Verschiedenheiten des *dies certus* von der Bedingung zu beachten:

1. Wer in irriger Annahme, der *dies* sei schon eingetreten, vor seinem Eintritt zahlt, kann, da er keine Nichtschuld gezahlt, nicht zurückfordern.

2. Im Concurse des Schuldners werden aufschiebend befristete Forderungen sofort fällig. (R.K.O. 58, 62.)

Endlich kann eine Rückziehung der Wirkungen des Eintritts beim Endtermin in dem Sinne, dass die Früchte und Nutzungen der Zwischenzeit wieder zu erstatten wären, niemals in Frage kommen (§ 163 B.G.B. enthält keine Verweisung auf § 159), insofern ist auch die dingliche Wirkung der Auflösung nur eine Wirkung *ex nunc*, nicht *ex tunc*; eine gegentheilige Verabredung würde widersinnig sein und das ganze Rechtsgeschäft sinnlos erscheinen lassen.

Die Hinzufügung einer Zeitbestimmung ist überall da unzulässig, wo auch eine Bedingung unstatthaft ist, nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch insbesondere bei der Auflassung (§ 125),

Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft (§ 1947), Eingehung einer Ehe (§ 1317), Ehelichkeitserklärung (§ 1724), Annahme an Kindesstatt (§ 1742), Aufrechnung einer Forderung (§ 388).

Im Gegensatz zum Pandektenrecht, das nur das successive Legat zuliess,[1] der Erbeseinsetzung unter Resolutivbedingung oder *dies ad quem* aber den Satz: *semel heres semper heres* entgegensetzt, hat das Bürgerliche Gesetzbuch auch für Erbeseinsetzungen eine Zeitbestimmung (*dies ad quem*) zugelassen, der Erblasser kann einen Erben in der Weise einsetzen, dass dieser erst Erbe wird, nachdem zunächst ein Anderer Erbe geworden ist (Nacherbe). Die Wirkungen einer solchen letztwilligen Zeitbestimmung unterliegen besonderen Normen (B.G.B. §§ 2100—2111).

§ 13.

Modus (Auflage)[2] und Voraussetzung.

I. Modus im allgemeinen sprachlichen Sinne bezeichnet irgend eine Modalität der Leistung, z. B. dass statt in Gold in Silber, statt hier dort gezahlt werden soll.[3] Im technisch-juristischen Sinne dagegen ist Modus die Zweckbestimmung bei einem liberalen (unentgeltlichen) Geschäft, sei es unter Lebenden oder von Todeswegen. (Schenkung, Auslobung, Privilegienertheilung, Legat, Erbeseinsetzung.) Es wird dadurch dem Empfänger bezw. Bedachten neben der Liberalität eine gewisse Verpflichtung auferlegt. Der Modus ist eine „Auflage“, eine *lex rei suae dicta,* der Eigenthümer gibt der Sache, indem er sie aus seiner Hand entlässt, ihre *lex* mit auf den Weg. „Während bei einem gewöhnlichen zweiseitigen (onerosen) Vertrage die Concession des Gegners es ist, welche mir einen Anspruch gewährt und meine Machtsphäre auf seine Kosten erweitert, erblickt das römische Recht in jenen Ver-

[1]) *L.* 26 *Cod.* 6, 37.

[2]) Vgl. Pfeiffer, Prakt. Ausführungen, Bd. 1 Abs. 4. Bekker, Pand. II. S. 358.

[3]) *L.* 44 § 3 *D.* 44, 7: *Modus obligationis est, cum stipulamur decem aut hominem: nam alterius solutio totam obligationem interemit.*

einbarungen (bei einseitigen liberalen Zuwendungen), obschon sie selbstverständlich nur durch Zustimmung des Gegners, also durch Vertrag ihre Kraft gewinnen, nicht sowohl etwas, was der Gegner mir einräumt, als was ich mir selber vorbehalte, was ich nicht ihm, sondern mir verdanke. Nicht von ihm kehrt zu mir zurück, was ich mir in Bezug auf die Sache habe zusichern lassen, sondern die Sache kommt von vornherein belastet und beladen in sein Eigenthum, so dass also sein Wille nicht zwei Mal in Thätigkeit tritt, das erste Mal, um die Sache zu erwerben, das zweite Mal, um die Nebenvereinbarung zu genehmigen, sondern so, dass ein einziger Willensact gerichtet auf beschränkten Erwerb, genügt." v. Ihering, Dogmat. Jahrb. X S. 550. Die Möglichkeit, eine liberale einseitige Zuwendung mit einer Verpflichtung des Nehmers (Auflage) zu verbinden, hat erst das spätere römische Recht gewährt, der klassischen römischen Jurisprudenz war der Modusbegriff fremd.[1]) Der wesentlichste Unterschied des Modus von der Bedingung ist dieser: Die Bedingung (Suspensivbedingung) suspendirt, aber zwingt nicht, der Modus zwingt, aber suspendirt nicht. Die Auflage muss in der Absicht geschehen, rechtlich zu binden, ist also nicht zu verwechseln mit einem blossen Wunsch, dessen Befolgung man von der Dankbarkeit, dem Anstandsgefühle des anderen Theiles erwartet, der aber eine rechtliche Bedeutung nicht hat. Handelt es sich um einen Modus bei Zuwendungen unter Lebenden, insbesondere Schenkungen, so hat nach Pandektenrecht der Zuwendende, eventuell dessen Erbe, bei Nichterfüllung desselben die Wahl zwischen dem Anspruch auf Zurückforderung des Geschenkes, sei es durch *condictio ob causam* oder *rei vindicatio utilis*,[2]) oder dem Anspruch auf Erfüllung. — Bei letztwilligen Verfügungen haben die Erben, eventuell der etwaige Testamentsvollstrecker die Erfüllung des Modus zu betreiben. Auch kann, wenn ein öffentliches Interesse vorliegt, die Obrigkeit interveniren.[3])

[1]) Pernice, Labeo III, S. 1 ff. v. Ihering, Geist des röm. Rechts IV, S. 200.

[2]) *L.* 1 *Cod. de don.* 8, 54.

[3]) *L.* 50 § 1 *D. de her. pet.* 5, 3.

Das Bürgerliche Gesetzbuch gibt ebenfalls (§ 525) bei der Schenkung dem Schenker einen directen Anspruch auf Vollziehung der Auflage. Liegt die Vollziehung der Auflage im öffentlichen Interesse, so kann nach dem Tode des Schenkers auch die zuständige Behörde die Vollziehung verlangen (§ 525 Abs. 2). Auch kann der Schenker, wenn die Vollziehung der Auflage unterbleibt, die Herausgabe des Geschenkes unter den für das Rücktrittsrecht bei gegenseitigen Verträgen bestimmten Voraussetzungen nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung insoweit fordern, als das Geschenk zur Vollziehung der Auflage hätte verwendet werden müssen. Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn ein Dritter berechtigt ist, die Vollziehung der Auflage zu verlangen (§ 527). Die Vollziehung einer letztwilligen Auflage können der Erbe, der Miterbe und derjenige verlangen, welchem der Wegfall des mit der Auflage zunächst Beschwerten unmittelbar zu Statten kommen würde (§ 2194). Auch die Vollziehung einer letztwilligen Auflage kann die zuständige Behörde verlangen, wenn es im öffentlichen Interesse liegt. Endlich kann auch bei der letztwilligen Auflage, wenn ihre Vollziehung in Folge eines von dem Beschwerten zu vertretenden Umstandes unmöglich wird, derjenige, welchem der Wegfall des zunächst Beschwerten zu Statten kommen würde, die Herausgabe der Zuwendung nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung insoweit fordern, als die Zuwendung zur Vollziehung der Auflage hätte verwendet werden müssen. — Das Gleiche gilt, wenn der Beschwerte zur Vollziehung einer Auflage, die nicht durch einen Dritten vollzogen werden kann, rechtskräftig verurtheilt ist und die zulässigen Zwangsmittel (§§ 774, 775 C.P.O.) erfolglos gegen ihn angewendet worden sind (§ 2196).

II. Windscheid[1]) wollte den Begriff des Modus nur als Anwendungsfall des von ihm neu aufgestellten Begriffes der Voraussetzung gelten lassen. Er bezeichnete als

[1]) Pand. I. § 97 ff. Ders., die Lehre des röm. Rechts von der Voraussetzung 1850, ferner Archiv f. civilist. Praxis Bd. 78 n. 6. Gradenwitz, Begriff der Voraussetzung. Berlin 1880.

Voraussetzung jede Vorstellung, welche eine Partei zum Geschäftsabschluss bestimmt, indem sie etwas als geschehen (vorhanden) erachtet oder als zukünftig geschehend erwartet. Die Rechtsfolge, die sich daran knüpfe, sei die, dass die Unrichtigkeit der Voraussetzung, da in diesem Falle der erklärte Geschäftswille kein wahrer sei, die Anfechtung des Geschäftes begründe. Er nannte die Voraussetzung eine „unentwickelte Bedingung"; deren Nichtexistenz sowohl einredeweise durch *exceptio doli* als auch klagend durch *condictio* bezw. die betreffende *actio bonae fidei* zwecks Anfechtung und Wiederaufhebung der rechtlichen Wirkung geltend gemacht werden könne. Die Voraussetzung könne durch einen ausdrücklichen bei der Willenserklärung gemachten Zusatz erklärt werden (erklärte Voraussetzung), sie könne auch ohne ausdrückliche Erklärung aus dem übrigen Inhalte der Willenserklärung sich als gewollt ergeben.

Zweifellos ist diese Lehre nicht zu billigen, soweit sie die eben dargelegte selbstständige Natur des Modus in Frage stellt. Abgesehen davon aber, scheint sie mir einen berechtigten Grundgedanken zu enthalten, der freilich bei Windscheid und seinen Nachfolgern in sehr unklarer Form zum Ausdruck gelangt ist. Die Voraussetzung ist, wenn überhaupt etwas rechtlich Erhebliches, keine „unentwickelte", sondern nichts anderes als die sog. „uneigentliche" Bedingung. Ein praktisches Bedürfniss hat zur Aufstellung des Begriffes zweifellos geführt, weil die bisherige Theorie neben dem engen technisch-juristischen Bedingungsbegriff die Bedeutung der sog. „uneigentlichen" Bedingung allzusehr vernachlässigt hat. Es rächt sich hier die leider nunmehr auch vom Bürgerlichen Gesetzbuche wieder sanktionirte wissenschaftlich ungeschickte Terminologie, die zwischen „eigentlicher" (technischer) und „uneigentlicher" Bedingung unterscheidet, welche dem Sprachgebrauche des Lebens und aller anderen Wissenschaften widerspricht. Besser wäre es gewesen, das Wort Bedingung als solches auch in der Rechtssprache in seinem allgemeinen Sinne zu nehmen und lediglich die sog. eigentliche Bedingung als eine auf einen zukünftigen objectiv ungewissen Um-

stand gestellte Bedingung besonders zu kennzeichnen. Eine besondere rechtliche Behandlung fordert die letztere freilich wegen des nur mit ihr verknüpften eigenthümlichen Zustandes der objectiven Ungewissheit, der sog. Pendenz. Aber auch die auf einen gegenwärtigen oder vergangenen Umstand gestellte Bedingung (*conditio in praesens vel praeteritum collata*) sowie die auf einen nur subjectiv ungewissen zukünftigen Umstand gestellte Bedingung beansprucht eine eingehendere juristische Beachtung, als ihr bislang zu Theil geworden ist. Nach meinem Gefühle ist Windscheids Lehre von der Voraussetzung ein berechtigter Versuch, der sog. uneigentlichen Bedingung gerecht zu werden, ein Versuch, der freilich an ungenügender logischer Klarheit scheiterte.

Durch eine Bedingung im allgemeinen Sinne erheben wir ein besonderes Motiv zur Existenzbedingung des Rechtsgeschäftes. Sofern nun der von der Bedingung als Prämisse (Voraussetzung) des Vertragsschlusses gesetzte Umstand zukünftig und objectiv ungewiss ist, wird der Vertragschluss selbst objectiv suspendirt. Ist er aber nur subjectiv ungewiss, handelt es sich um eine *conditio in praesens* oder *praeteritum collata* oder um eine auf ein nothwendiges oder unmögliches zukünftiges Ereigniss gestellte Bedingung, so ist objectiv das Rechtsgeschäft entweder sofort nichtig oder sofort perfect. Es geht nun aber aus practischen Gründen eben der subjectiven Unkenntniss wegen nicht an, im Fall der ersteren Alternative, es ohne Weiteres als nichtig gelten zu lassen. Da auch die subjective Ungewissheit der Parteien in der Regel erst gehoben wird, nachdem das Geschäft von einer oder von beiden Seiten als perfect betrachtet und realisirt worden ist, so ist keineswegs die blosse Geltendmachung der Nichtigkeit, sondern die Wiederaufhebung der im Vertrauen auf die Perfection des Geschäfts herbeigeführten Wirkungen das, worauf es ankommt. Das Geschäft selbst kann daher als perfect behandelt und statt der Nichtigkeitsklage eine sog. Rescissionsklage gegeben werden. So ist z. B. das sog. *dictum promissum* beim Specieskauf („ich bedinge“ mir aus, dass die Waare die und die Eigenschaften hat) zweifellos eine Bedingung im weiteren, sog. uneigentlichen Sinne, d. h. im gewöhnlichen Sprachge-

brauche. Das juristische Mittel aber, den Mangel einer bedungenen Eigenschaft geltend zu machen, ist pandektenrechtlich die *actio empti* auf das Interesse, welches letztere in der Regel auf Wiederrückgängigmachung des Kaufes hinausläuft; nur unter Umständen genügt die blosse Bestreitung der Perfection, nämlich dann, wenn erst auf Erfüllung geklagt wird und sich nun die Unmöglichkeit der Leistung eines so qualificirten Objectes herausstellt. Ein anderes Mittel, das Nichtvorhandensein von stillschweigend allgemein vorausgesetzten Eigenschaften, präsumirten Kaufbedingungen geltend zu machen, bilden pandektenrechtlich die ädilitischen Klagen, die daher Gradenwitz und Windscheid auch unter den Gesichtspunkt der Voraussetzung bringen.[1]) Der legislative Grund dieser Klagen ist das Bestreben, dem eigentlichen Willen des Käufers Geltung zu verschaffen oder die Voraussetzung des Käufers, dass die Sache fehlerfrei gewesen sei, anzuerkennen. Der Käufer darf sagen: ich habe unter der Voraussetzung (Bedingung) gekauft, dass die Sache den Fehler nicht habe, und kann dies auch dem Verkäufer entgegenhalten. Abweichend von den übrigen Fällen ist hier nur, dass von einem Beweise dieser Voraussetzung überhaupt keine Rede ist, dieselbe vielmehr allgemein präsumirt wird: es liegt hier der analoge Fall vor, wie bei *conditiones juris, quae tacite inesse creduntur.* Für andere Fälle bietet das Pandektenrecht die Rechtsmittel der Condictionen (*condictio indebiti, sine causa, causa data non secuta*). Sofern endlich derartige besondere Rechtsmittel nicht gegeben sind, können sich die durch ihre subjective Ungewissheit bei derartigen Rechtsgeschäften benachtheiligten Parteien auf Irrthum berufen, soweit derselbe gesetzlich als Grund der Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit anerkannt ist. Dadurch aber, dass wir ein Motiv zur Bedingung erheben (ausdrücklich oder stillschweigend, aber im letzteren Falle erkennbar), machen wir es zum Accidentale, d. h. zum concreten Essentiale, bringen es in den Inhalt des Geschäftes, und der Einwand, dass der Irrthum im Motive rechtlich unerheblich sei, wird in diesem Falle hinfällig;[2]) denn nun handelt es sich nicht mehr

[1]) Gradenwitz, a. a. O. S. 36 ff.

[2]) Damit scheint mir die Entscheidung R.G. XXIV. Nr. 32 überein-

um Irrthum im Motiv, sondern um Irrthum über den Inhalt Hierüber Näheres in dem folgenden Paragraphen 16.

zustimmen. Eine Klage auf Erfüllung eines Kaufes war abgewiesen, weil der Kaufvertrag unter der dem Kläger erkennbar gewesenen Voraussetzung, dass der Kaufpreis von 20000 ℳ. wenigstens annähernd auf 2 ℳ. für den Quadratfuss auskomme, geschlossen sei, während unter den Parteien feststehe, dass diese Voraussetzung thatsächlich nicht zutreffe. Der Vorderrichter hatte in diesem Falle die Condiction der Verbindlichkeit aus dem Kaufvertrage für zulässig erachtet. Das Reichsgericht dagegen sagt: „Diese Begründung lässt an Klarheit zu wünschen übrig. Es scheint dabei die Windscheidsche Lehre von der sog. Voraussetzung zu Grunde gelegt zu sein, wenngleich dagegen wiederum der Umstand spricht, dass das Fundament der angeblichen Einrede bezeichnet wird als die Berufung darauf, dass der von der Beklagten formell erklärte Wille ihrem wirklichen Willen nicht entsprochen habe, während es nach Windscheid vielmehr heissen müsste: „ihrem eigentlichen Willen nicht entsprochen habe“. Vgl. Windscheid. Pand. I. § 97 S. 313ff. Indessen wie es sich hiermit auch verhalten möge, keinesfalls vermag das Reichsgericht sich der Auffassung anzuschliessen, dass eine an sich zu Stande gekommene vertragsmässige Rechtswirkung wegen Ermangelung einer beliebig gesetzten sogenannten „Voraussetzung“ dennoch sollte angefochten werden können; hierfür vermisst es jede quellenmässige Begründung. Solche Anfechtung beschränkt sich vielmehr nach den römischen Quellen auf die Fälle des objectiven Fehlens der von den Betheiligten vorausgesetzten rechtlichen Beziehung der gewollten Rechtswirkung zu anderweitigen Rechtsverhältnissen der ersteren. Darüber hinaus kann es sich in Fällen dieser Art zunächst nur um einen rechtlich unerheblichen Irrthum im Beweggrunde handeln. Aber allerdings ist andererseits kein Grund ersichtlich, einer von den Contrahenten selbst ausdrücklich oder stillschweigend als Beschränkung ihres Willens erklärten Voraussetzung die unmittelbare rechtliche Wirkung zu versagen. Solche unmittelbare Wirkung kommt ihr vielmehr in ihrer Eigenschaft als Bedingung unbedenklich zu; denn selbstverständlich können Bedingungen ebenso gut stillschweigend wie ausdrücklich gesetzt werden. Dabei ist das Wort „Bedingung“ im weiteren Sinne zu nehmen, in welchem es auch die *conditio in praesens vel in praeteritum collata* mitumfasst, welche nicht als eigentliche Bedingung im engeren Sinne gilt (vgl. *l.* 39 *Dig. de reb. cred.* 12, 1; *l.* 10 § 1 *Dig. de cond. inst.* 28, 7; *l.* 120 *Dig. de V. O.* 45, 1); denn auch einer solchen „uneigentlichen“ Bedingung wohnt die gleiche unmittelbare rechtliche Wirksamkeit bei (vgl. § 6 *Inst. de V. O.* 3, 15; *l.* 37 *Dig. de reb. cred.* 12, 1; *l. l.* 100, 120 *Dig. de V. O.* 45, 1). Weshalb einem formlosen obligatorischen

§ 14.

Uebereinstimmung zwischen Wille und Erklärung.

In § 1 oben (S. 305. 306) bezeichneten wir in Uebereinstimmung mit der herrschenden Lehre das Rechtsgeschäft als eine Willenserklärung. Schon dieses Wort bezeichnet eine Einheit von Subjectivem und Objectivem. Das Objective ist die Erklärung, das Subjective der Wille, d. h. der bewusste psychische Act, welcher die Erklärung verursacht. Schon aus dieser einfachen Wortanalyse scheint sich die Folgerung zu ergeben, dass zur Existenz eines Rechtsgeschäfts, zur Hervorrufung rechtlicher Wirkungen eine Seite nicht genügt, dass nicht der blosse Wille, der psychische Act, an dem die Vorstellung das Wesentlichste ist, aber auch nicht die blosse Erklärung, d. h eine der Vorstellung nicht entsprechende Erklärung zur Begründung von Rechtswirkungen genügt, dass vielmehr beide Seiten gleichermassen constitutiv und essentiell sind, wie z. B. beim Gesetz der Wille des Gesetzgebers und die Publication desselben. Allein Rechtssätze werden nicht durch Erwägungen rein begrifflicher Natur geschaffen, die Aufgabe des Rechtes besteht in der gerechten Abwägung substantieller Interessen des Verkehrs, keineswegs in der Aufstellung eines möglichst consequent-deductiven Begriffssystems. An sich sind daher sehr verschiedene Rechtsgrundsätze hinsichtlich der Bedeutung des Verhältnisses zwischen Wille (Vorstellung) und Erklärung denkbar.

1. Denkbar ist eine solche rechtliche Behandlung der rechtsgeschäftlichen Willenserklärung, die das entscheidende

Vertrage gegenüber die erklärte „Voraussetzung", statt als Bedingung, nur auf jenem Umwege zur Wirkung gelangen sollte, ist umsoweniger abzusehen, als nach *l.* 21, 41 § 1, 68 *Dig. de jure dot.* 23, 3 und *l.* 4 § 2 *Dig. de pact.* 2, 14 sogar bei der Römischen Stipulation, wenn sie nach beiderseitigem Einverständnisse der Parteien „*propter causam dotis*" erfolgte, ohne weiteres die Bedingung des Zustandekommens der betreffenden Ehe hinzugedacht wurde." — Eine Unklarheit über das Wesen der „uneigentlichen" Bedingung dagegen ist der Entscheidung des R.G. XXXIII. 28. vorzuwerfen, die dort fragliche Bedingung ist keine echte Suspensivbedingung, sondern ebenfalls eine uneigentliche.

Gewicht ausschliesslich auf die objective Seite, die Erklärung legt. Es würde darnach die Erklärung stets in demjenigen Sinne aufzufassen und ihre rechtliche Wirkung demgemäss zu bestimmen sein, wie sie objectiv von Anderen, eventuell nach der für den Richter massgebenden, vom Verkehr, wenn nicht unmittelbar vom Gesetz, bestimmten Bedeutung verstanden werden konnte, nicht aber in dem Sinne, den sie in der rein subjectiven Vorstellung des Erklärenden hatte. Diese Behandlungsweise ist die der älteren Rechtsperioden, u. A. sowohl des alten deutschen,[1]) wie auch des alten römischen Rechts: der Urheber einer Aeusserung wird darnach „beim Worte genommen", er wird ohne Gnade in dem Sinne verpflichtet, in welchem der Empfänger das Wort, die Aeusserung hat verstehen dürfen und müssen nach ihrer objectiv anerkannten Bedeutung; der abweichende Wille, die differirende Vorstellung

[1]) Vgl. Häussler, Institutionen des deutschen Privatrechts.

I: § 14: „Ein streng formales Recht kennt keinen Gegensatz zwischen Willen und Wort und keine Möglichkeit eines Widerspruchs zwischen beiden. Denn der Wille kann nur aus dem Worte, das ihm Ausdruck gegeben, erkannt werden, und so ist auch nur das Wort massgebend für den Rechtsinhalt des Gewollten und wird das Recht nur nach dem Worte bemessen; man wird nicht strenger behaftet, als das Wort reicht, aber man wird unnachsichtig beim Worte genommen. Das ist völlig germanistischer Rechtsgedanke: dem Deutschen ist das Wort das plastische Recht: nicht mehr, aber auch nicht weniger, als was gesprochen wird, löst und bindet. Daher die minutiöseste Genauigkeit, mit welcher Schuldverpflichtungen umschrieben werden (Bsp. *Cod. Car.* II. Nr. 213 S. 4 v. Jahre 961). — Es ist einem formalen Rechte undenkbar, dass eine bestimmt abgegebene Willenserklärung und das darauf gegründete Rechtsgeschäft dennoch nicht gewollt sein könne, anfechtbar sei wegen eines Widerstreits zwischen dem wirklichen Willen einer Partei und ihrem Worte. Denn der Wille steckt im Worte, und die Gegenpartei baut auf ein Wort. Darauf beziehen sich die Rechtssprüchwörter: „Ein Mann ein Wort." — „Das Wort muss stehen." — „Worte machen den Handel."

Eine nothwendige Folge davon ist, dass dem Irrthum in Vertragsverhältnissen kaum eine Berücksichtigung zu Theil wird. „Wer die Augen nicht aufhält, thue den Beutel auf." „Wer närrisch kauft, muss redlich bezahlen." „Wer unechte Waare kauft, mag unechte Waare behalten."

Nicht der Irrthum, sondern bloss das betrügerische Irreführen der Gegenpartei zumal beim Kauf befreit vom Vertrage."

des Erklärenden, mag sie nun entschuldbar oder unentschuldbar sein, kommt gar nicht in Betracht. Für diese Behandlungsweise spricht nur scheinbar der Grundsatz von „Treu und Glauben“, die Sicherheit des Verkehrs. Bei näherer Betrachtung dürfte sich nämlich bald ergeben, dass gerade die strenge Durchführung dieses Grundsatzes gegen „Treu und Glauben“ und gegen die „Sicherheit des Verkehrs“ verstossen würde; denn „Irren ist menschlich“ und genau so, wie die buchstäbliche Auslegung des Gesetzes, die über den Willen des Gesetzgebers völlig hinwegsieht, so würde auch das Festnageln desjenigen, der rechtsgeschäftliche Erklärungen abgibt, auf den buchstäblichen rein objectiven Sinn des Wortes der Redlichkeit widerstreiten.[1])

2. Denkbar wäre auch eine der soeben gekennzeichneten rechtlichen Behandlung des Verhältnisses zwischen Wille und Erklärung geradezu entgegengesetzte, rein subjectivistische: gelten würde darnach nur der Wille (die Vorstellung), die Er-

[1]) Wie der Formalismus, obgleich dem Streben nach Rechtssicherheit entsprungen, in seiner Uebertreibung gerade zur höchsten Rechtsunsicherheit führen kann, beweist vor allem der mittelalterliche deutsche und französische Process, der schliesslich bis zur Silben- und selbst Buchstabenstecherei ausartete, vgl. Siegel, die Gefahr vor Gericht im Rechtsgang, Wiener Sitzungsberichte, philolog.-histor. Classe Bd. 51 S. 120. Vgl. auch Enneccerus, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin, S. 78: „Ein Zungenfehler, eine momentane Zerstreutheit oder ein in Folge eines Irrthums falsch gewählter Ausdruck entscheidet den Ruin einer Familie. Der Eine kauft in Folge eines sog. *error in corpore* ein Haus, welches er (ein Geschäftsmann) nicht brauchen kann und zu einem Preise, der ihn an den Bettelstab bringt, der Andere verkauft in ähnlichem Falle sein Geschäftshaus, die Grundlage seiner ganzen Berufsthätigkeit und seines steigenden Wohlstandes, zu einem Preise, der vielleicht nicht die darauf ruhenden Hypotheken deckt. Ein Dritter bezahlt einen Scherz, den der andere Theil in Folge eines besonderen, dem Scherzenden unbekannten Umstandes für Ernst genommen hat, mit seinem Vermögen, und das Alles nicht nur, wenn der berechtigte Gedanke, den Gegner vor Schaden zu schützen, eine besondere Berücksichtigung dieses Gegners erheischt, sondern auch wenn der Gegner durchaus keinen Schaden leidet, und nicht nur unser Billigkeits-, sondern unser Gerechtigkeitsgefühl sich gegen die Gültigkeit des Contractes geradezu aufbäumt.“

klärung lediglich Erkenntnissmittel des Willens sein, ein Mittel, auf den Willen zu schliessen; es müsste darnach in jedem einzelnen Falle untersucht werden, ob auch die Vorstellung des Individuums sich mit dem objectiven Sinne der von ihm abgegebenen Erklärung deckt. Dass bei einer solchen Behandlungsweise der menschliche Verkehr ebenfalls nicht bestehen kann, liegt auf der Hand. Für den Fall der absichtlichen Incongruenz zwischen Wille und Erklärung (Mentalreservation, Simulation) haben wir bereits oben (§ 5 S. 342) die von der Sittlichkeit und der Rechtsvernunft geforderte Norm dargelegt. Es ergibt sich somit, dass im Allgemeinen die richtige Behandlung des Verhältnisses zwischen Wille und Erklärung von folgendem Grundsatze ausgehen muss:

3. Die Erklärung gilt für den Willen, so lange nicht die Unstatthaftigkeit dieser Annahme von demjenigen, der sie behauptet, nachgewiesen ist. Dieser Grundsatz vermeidet den Fehler der ersten Behandlungsweise sowohl wie der zweiten, er ist bequem und billig, er erkennt die Möglichkeit einer Differenz zwischen Wille (Vorstellung) und Erklärung an, verstattet ihr aber einen rechtlichen Einfluss nur unter gewissen Voraussetzungen. Die Frage ist, unter welchen? Hierauf werden wir im Folgenden die Antwort des Pandektenrechts und des Bürgerlichen Gesetzbuches suchen.

§ 15.

Bewusste Incongruenz zwischen Wille und Erklärung. Scherz. Scheingeschäft. Simulation. Das fiduciarische Rechtsgeschäft.

Die Incongruenz zwischen Wille und Erklärung kann eine bewusste oder unbewusste sein.

Bei der bewussten Incongruenz will der Erklärende zwar die Erklärung, aber er will nicht die Rechtsfolgen, welche zu wollen nach unserer Definition (S. 306 oben) ein Begriffsmoment des Rechtsgeschäfts ist, sein Wille ist nicht auf die Hervorbringung rechtlicher Wirkungen gerichtet, sondern nur auf das für dieselbe erforderliche äusserliche (objective) Requisit, auf den Schein des Rechtsgeschäfts.

Einen Fall dieser bewussten Incongruenz haben wir bereits oben (S. 343) als Mentalreservation (geheimen Vorbehalt) erörtert. Obwohl in diesem Falle nach rein begrifflicher Consequenz wegen Mangels der subjectiven Seite des Rechtsgeschäftes Nichtigkeit desselben anzunehmen wäre, haben wir gesehen, dass aus moralischen Gründen, weil die Mentalreservation gegen Treu und Glauben verstösst und dem Betruge Thor und Thür öffnen würde, dennoch die Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes nicht zugegeben werden kann. Der Einwand des geheimen Vorbehaltes wird durch die *replica doli* beseitigt.

Ihm gleich steht der Einwand des Scherzes, wenn es sich um einen bösen, d. h. in der Absicht der Schädigung, *animo nocendi*, gemachten Scherz handelt.

Allein anders verhält es sich mit dem sog. gutgläubigen Scherze, d. h. wenn der Scherzende erwartete, der Andere, mit dem er sich den Scherz erlaubte, werde seine bloss scherzhafte Meinung nicht verkennen. In diesem Falle ist bei Bestreitung der Ernstlichkeit des Willens die *replica doli*, d. h. der Gegeneinwand der moralischen Verwerflichkeit nicht zu begründen. Das Pandektenrecht ist nicht so rigoros, jeden Scherz als unsittlich zu verdammen, sei es auch ein ungebührlicher Scherz, der unter Umständen missverstanden werden konnte.[1]) Dieser gutgläubige, d. h. in der Erwartung, die scherzhafte Meinung werde nicht missverstanden werden, abgegebene Scherz ist ebenso unverbindlich, wie z. B. die bloss als Lehrbeispiel geäusserte objective Erklärung eines concreten Rechtsgeschäftes. Beide Arten der Incongruenz von Wille und Erklärung (Scherz und Lehrbeispiel bezw. Schauspielfall) haben auch nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche die Nichtigkeit zu Folge: „Eine nicht ernstlich gemeinte Willenserklärung, die in der Erwartung abgegeben wird, der Mangel der Ernstlichkeit werde nicht verkannt werden, ist nichtig" (§ 118).

Als dritter Fall der bewussten Incongruenz zwischen

[1]) *L.* 3 § 2 *D.* 44, 7: *Nec enim si per jocum puta ego tibi dixero „spondes"? et tu responderis: „spondeo" nascetur obligatio.* Ein nicht uninteressanter Rechtsfall betr. ungebührlichen Scherz R.G. VIII. 249 ff.

Wille und Erklärung reiht sich an die Mentalreservation und den gutgläubigen Scherz das Scheingeschäft: bei der Mentalreservation verheimlicht der Erklärende die Nicht-Ernstlichkeit seiner Erklärung, beim gutgläubigen Scherz setzt er voraus, die Nicht-Ernstlichkeit der Erklärung werde aus den begleitenden Umständen erkannt werden, beim Scheingeschäft ist die Nicht-Ernstlichkeit der Erklärung unter den unmittelbar Betheiligten zum Voraus verabredet. Das Scheingeschäft ist in der Regel ein zweiseitiges oder wenigstens ein empfangsbedürftiges einseitiges Rechtsgeschäft.

Zwar können auch nicht empfangsbedürftige Rechtsgeschäfte, z. B. Occupation, Testamentserrichtungen, Erbschaftsantretungen ohne ernstlichen auf die Rechtsfolgen gerichteten Willen bloss zum Scheine vorgenommen werden. Allein, wenn in diesen Fällen nicht eine rechtlich unbeachtliche Mentalreservation vorliegen soll, so muss entweder zugleich oder vorher mindestens eine für diejenigen, deren Interessen durch das Geschäft berührt werden, erkennbare Aeusserung des Mangels eines ernstlichen Willens gegeben sein. Das reine Scheingeschäft ist ein blosser dramatischer Vorgang, kein juristischer Act. Allerdings kannte der Formalismus des älteren Rechts auch Scheingeschäfte, welche als Rechtsformen Bedeutung hatten, durch die ein anderer Zweck als der scheinbar beabsichtigte, aber immerhin eine Rechtsfolge verwirklicht werden konnte.[1]) Diese formalistischen Scheingeschäfte, Scheingeschäfte des Rechts selber, waren in keiner Weise auf Täuschung berechnet, ebenso wenig wie eine scenische Aufführung; sie bildeten vielmehr ähnlich wie die Fiction ein künstliches Mittel der juristischen Oeconomie. — In Gegensatz zu diesem unbefangenen Scheingeschäfte steht das simulirte, d. h. das auf Täuschung Anderer berechnete Scheingeschäft, ein Schleichweg des Lebens, das reine Werk der Parteien, welche *in concreto* über die Ausschliessung der an die Erklärung vom Gesetzte geknüften Wirkungen einverstanden sind und entweder den Blicken Dritter oder der

[1]) v. Ihering, Geist des röm. Rechts III. S. 529, IV. S. 281 ff. Z. B. die *mancipatio* als *imaginaria venditio;* das *testamentum per aes et libram.*

Obrigkeit die wahre Absicht des Geschäftes entziehen; im letzteren Falle handelt es sich um eine Umgehung des Gesetzes. Durch diese subjective Färbung reiht sich das simulirte Geschäft der Mentalreservation (dem geheimen Vorbehalt) an, ist aber darum nicht als „zweiseitige Mentalreservation", wie Kohler[1]) meint, zu bezeichnen; denn dieser Ausdruck würde entweder bei einem zweiseitigen Vertrage einen Widerspruch einschliessen oder aber den Fall bezeichnen müssen, wo jeder Contrahent seinem Gegner gegenüber sich insgeheim die Nicht-Ernstlichkeit der Erklärung vorbehält, während gerade darin das Wesen des simulirten Geschäftes liegt, dass die Contrahenten bezw. beim empfangsbedürftigen einseitigen Geschäfte Erklärer und Erklärungsempfänger ihr gegenseitiges Einverständniss über die Nicht-Ernstlichkeit ihrer Erklärung ausgetauscht haben. Die juristische Behandlung des simulirten Geschäftes wird ausschliesslich durch die moralische Verwerflichkeit der Täuschungsabsicht bestimmt; sie kann demnach eine verschiedene sein, je nachdem nur die Interessen der unmittelbar Betheiligten oder die Interessen Dritter, mittelbar Interessirter, in Frage kommen. Was zunächst die unmittelbar Betheiligten, die über die Nicht-Ernstlichkeit der ausgetauschten Willenserklärung einverstanden sind, angeht, so ist kein Grund vorhanden, unter ihnen ihrer feststehenden entgegengesetzten Absicht zuwider das Geschäft für gültig zu erklären. Derjenige, der etwa später die Gültigkeit des Geschäftes behaupten wollte, würde wortbrüchig erscheinen und dolos handeln. Daher kann nach Pandektenrecht der Simulant gegen seinen Mitcontrahenten und gegen jeden Dritten, der die Simulation kannte, sich auf Nichtigkeit des Geschäftes berufen.[2]) Selbstverständlich können auch Dritte, die eben durch die Simulation getäuscht werden sollten, überhaupt Alle, die ein rechtliches Interesse daran haben, die Simulationsabsicht aufzudecken, z. B. Gläubiger des Schuldners bei Scheinveräusserungen des letzteren, die Nichtigkeit derselben geltend machen. Insofern ist das simulirte Geschäft absolut

[1]) Jahrb. für Dogmatik XVI. S. 97 ff.

[2]) *L. 54 D. de obl. stad. 44. 7. Tit. Cod. 4, 22 plus valere quod agitur quam quod simulate concipitur. l. 5 l. 7 Cod. si quis alteri 4, 50.*

nichtig. Dagegen darf solchen Dritten, die im Vertrauen auf die Echtheit des simulirten Geschäftes mit den Scheincontrahenten in Verhandlung traten, beispielsweise die scheinbar verkaufte Sache vom Scheinkäufer erwarben oder die scheinbar cedirte Forderung zahlten, der Einwand der Simulation nicht entgegengehalten werden, ihnen gegenüber ist die Simulation gleichwerthig mit dem geheimen Vorbehalt.[1]) In diesem Sinne ist auch § 117 B.G.B. zu verstehen, welcher die Nichtigkeit des Scheingeschäftes ausspricht, aber durch die zum Schutze gutgläubiger Dritter aufgestellten besonderen Vorschriften (§§ 405, 892, 893, 932 ff.)[2]) ergänzt wird.

[1]) Vgl. R.G. XX. S. 340.

[2]) § 405: „Hat der Schuldner eine Urkunde über die Schuld ausgestellt, so kann er sich, wenn die Forderung unter Vorlegung der Urkunde abgetreten wird, dem neuen Gläubiger gegenüber nicht darauf berufen, dass die Eingehung oder Anerkennung des Schuldverhältnisses nur zum Schein erfolgt oder dass die Abtretung durch Vereinbarung mit dem ursprünglichen Gläubiger ausgeschlossen sei, es sei denn, dass der neue Gläubiger bei der Abtretung den Sachverhalt kannte oder kennen musste.“

§ 892: „Zu Gunsten desjenigen, welcher ein Recht an einem Grundstück oder ein Recht an einem solchen Rechte durch Rechtsgeschäft erwirbt, gilt der Inhalt des Grundbuchs als richtig, es sei denn, dass ein Widerspruch gegen die Richtigkeit eingetragen oder die Unrichtigkeit dem Erwerber bekannt ist. Ist der Berechtigte in der Verfügung über ein im Grundbuch eingetragenes Recht zu Gunsten einer bestimmten Person beschränkt, so ist die Beschränkung dem Erwerber gegenüber nur wirksam, wenn sie aus dem Grundbuch ersichtlich oder dem Erwerber bekannt ist.

Ist zu dem Erwerbe des Rechtes die Eintragung erforderlich, so ist für die Kenntniss des Erwerbers die Zeit der Stellung des Antrags auf Eintragung oder wenn die nach § 873 erforderliche Einigung erst später zu Stande kommt, die Zeit der Einigung massgebend.“

§ 893: „Die Vorschriften des § 892 finden entsprechende Anwendung wenn an denjenigen, für welchen ein Recht im Grundbuch eingetragen ist, auf Grund dieses Rechtes eine Leistung bewirkt oder wenn zwischen ihm und einem Anderen in Ansehung dieses Rechtes ein nicht unter die Vorschriften des § 892 fallendes Rechtsgeschäft vorgenommen wird, das eine Verfügung über das Recht enthält.“

§ 932: „Durch eine nach § 929 (Tradition) erfolgte Veräusserung wird der Erwerber auch dann Eigenthümer, wenn die Sache nicht dem Veräusserer gehört, es sei denn, dass er zu der Zeit, zu der er nach diesen Vorschriften das Eigenthum erwerben würde, nicht in gutem Glauben

In den meisten Fällen besteht der Zweck der Simulation in der Verhüllung eines rechtswidrigen Handelns. Es kann aber auch die Absicht lediglich darauf gehen, ein durchaus erlaubtes Geschäft vor der unberufenen Neugierde Anderer sicher zu stellen. In diesem Falle ist die Frage, ob das verdeckte (dissimulirte) Geschäft gültig ist, davon abhängig, ob es den gesetzlichen Erfordernissen entspricht; wir haben alsdann die Grundsätze der oben S. 328 erwähnten *conversio actus juridici* anzuwenden. das Rechtsgeschäft y (mit den Erfordernissen a + b + c) ist simulirt, um das Rechtsgeschäft x (mit den Erfordernissen a + b) zu verdecken: a + b = x, weil ernstlich gemeint, bleibt gültig. Wenn es sich hierbei um eine nicht erlaubte Gesetzesumgehung gehandelt hat, z. B. um Stempeldefraudation, so kann nicht nur von Seiten der unmittelbar Betheiligten, sondern auch seitens der Obrigkeit diese *conversio actus juridici* geltend gemacht werden.

Nicht zu verwechseln mit und doch äusserlich oft schwer zu unterscheiden von dem simulirten Geschäft ist das fiduciarische Rechtsgeschäft,[1]) welches eine ganz andere Behandlung als das simulirte beansprucht. Beim fiduciarischen Geschäfte sind die Rechtsfolgen ernstlich gewollt, aber das Geschäft ist im Vertrauen darauf abgeschlossen, dass derjenige, dem durch dasselbe gewisse rechtliche Befugnisse eingeräumt sind, von diesen nur unter gewissen Voraussetzungen oder zu gewissen besonderen, meistens im Interesse des Veräusserers oder anderer Personen, denen auf diese Weise ein Vortheil eingeräumt werden soll, Gebrauch mache. In der Regel kommen solche fiduciarische Geschäfte zur Anwendung, wo die objective Rechtsordnung nicht die nöthigen Formen oder nicht genügend bequeme Formen bietet, um ein Verkehrsbedürfniss, das übrigens nicht immer ein bloss wirthschaftliches zu sein braucht, un-

ist. In dem Falle des § 929 Satz 2 (*brevi manu traditio*) gilt dies jedoch nur dann, wenn der Erwerber den Besitz von dem Veräusserer erlangt hatte.

Der Erwerber ist nicht in gutem Glauben, wenn ihm bekannt oder in Folge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, dass die Sache nicht dem Veräusserer gehört."

[1]) Vgl. Kohler in v. Iherings Jahrb. XVI. S. 353.

mittelbar durch ein dafür eigens gegebenes abstractes Rechtsgeschäft (Geschäftstypus vgl. S. 317 oben) zu befriedigen, also da, wo das Gesetz so zu sagen mit der Krücke hinter den Bedürfnissen des Lebens hinterdrein hinkt. Ein klassisches Beispiel dafür bietet die älteste Form des römischen Mobiliarpfandrechts, die daher *cat'exochen* sog. *fiducia.*[1]) Mit dem Aufkommen des Faustpfandes und der *hypotheca* an beweglichen Sachen, als Contracten *juris gentium*, wurde diese civile Form, den Pfandrechtszweck zu erreichen, antiquirt. Ein anderes berühmtes Beispiel bilden die Fideicommisse;[2]) selbst die Manusehe wurde von den römischen Frauen zur Erreichung gewisser Zwecke, Befreiung von den Sacralpflichten und der gesetzlichen Agnatenvormundschaft *fiduciae causa*, d. h. mit der Vereinbarung der *remancipatio* und darauf folgenden *emancipatio* eingegangen (*coemptio fiduciae causae*).[3]) Derartige fiduciarische Rechtsgeschäfte sind zu jeder Zeit, besonders aber dann üblich, wenn der Verkehr, sei es gewisse neue, von der Gesetzgebung noch nicht gewürdigte wirthschaftliche Zwecke, sei es auch veränderte Sittlichkeits- und Rechtsanschauungen im Kampfe mit den rückständigen starren Rechtsnormen zu verwirklichen strebt. Sie sind auch heutzutage zahlreich vertreten besonders in den Geschäften zur sog. getreuen Hand (Treuhänder, Trust). So haben wir dieses Mittels bereits oben S. 175 ff. als eines Auskunftsmittels gedacht, den Zweck der juristischen Persönlickkeit zu erfüllen. Das Wesen des Treuhänderthums, der *fiducia*, beruht auf Trennbarkeit des Rechtsträgers vom Destinatär des Rechts, d. h. dessen, dem der Genuss bestimmt ist, also auf Trennung des formalen und substantiellen

[1]) Vgl. Boeking, Institutionen: S. 112: *Fiducia* ist das Rechtsgeschäft der Eigenthumsübertragung mittels *mancipatio* oder *in jure cessio* unter der Nebenverabredung, *pactum fiduciae*, *lex mancipii* oder *mancipationis*, dass der Accipient die Sache, welche ebenfalls *fiducia* heisst, zurück mancipire, sobald der die Mancipation veranlassende Zweck erreicht, bei diesem Surrogat eines Pfandrechts also, sobald die dem *mancipio accipiens* zu machende Leistung gemacht sein werde.

[2]) Vgl. v. Ihering, Geist des röm. Rechts IV. S. 264.

[3]) v. Ihering, a. a. O. S. 276 ff. — Auch bei den heutigen Mohammedanern ist eine fiduciarische Ehe, hier lediglich zum Zwecke, einer Frau einen Reisebegleiter nach Mekka zu beschaffen, üblich.

Elements im subjectiven Recht. (Auch die sog. fiduciarische Stiftung fällt unter diesen Gesichtspunkt, vgl. oben S. 245.) Die rechtliche Behandlung solcher fiduciarischer Rechtsgeschäfte hängt lediglich von der Stellungnahme des Gesetzgebers oder richtiger des Richteramts zu den mittelst solcher indirecten Rechtsformen erstrebten Zwecken ab. Diese Zwecke können als erlaubte und unerlaubte erscheinen. Die fiduciarischen Rechtsgeschäfte zeigen uns das lebendige Recht im Zustande der Entwicklung und, da alle Entwicklung auch im Recht grossentheils Kampf um's Dasein ist, auch im Zustande des Kampfes. Daher können die fiduciarischen Rechtsgeschäfte theilweise auch als „Schleichwege des Lebens" zur Umgehung des Gesetzes gekennzeichnet werden.

Es sind Rechtsgeschäfte, deren schliessliche rechtliche Anerkennung Gewissenssache ist; besonders lehrreich ist in dieser Hinsicht das englische Recht, in welchem der „Trust" eine hervorragende Rolle spielt.[1]) Es ist lediglich Sache der Gesetzesauslegung im einzelnen Fall, ob ein fiduciarisches Rechtsgeschäft als gültig oder ungültig, weil *in fraudem legis* geschlossen, behandelt werden soll; dabei wird die wirthschaftliche und oft auch die moralische Anschauung des Richters meistens den Ausschlag geben, abgesehen davon, dass natürlich ein Richter, der sich mehr am Buchstaben hält, als an der Tendenz eines Gesetzes, im Falle einer *fiducia* zur Umgehung eines bestimmten Gesetzes leichter geneigt sein wird, das fiduciarische Geschäft gelten zu lassen. Allgemeine Anerkennung haben sich im modernen Verkehrsleben einzelne Treuhänderverhältnisse errungen, die lediglich unzulängliche Rechtsbegriffe bei Inhaberhypotheken, Theilschuldverschreibungen, Vertretung von Interessen der Actionäre ergänzen. Zur Durchführung der sog. Inhaberhypotheken — Sicherungshypotheken für Schuldverschreibungen auf den Inhaber (§ 1187) — hat das Bürgerliche Gesetzbuch die Institution des Treuhänders gesetzlich anerkannt und bestimmt, dass die Aufstellung eines Treuhänders der

[1]) *Parents of trust were Fraud and Fear and a Court of Conscience was the nurse*, Eltern des Treuhänderwesens waren Betrug und Furcht (Gesetzesumgehung) und der Gerichtshof für Gewissenssachen war seine Amme, sagt ein englischer Jurist.

Eintragung im Grundbuch bedarf; im übrigen enthält es sich jeder Regelung des Treuhänderverhältnisses selbst, nur hat es ausdrücklich aus praktischen Gründen den Treuhänder des jeweiligen Gläubigers dem Eigenthümer des belasteten Grundstücks gegenüber für verpflichtet erklärt, innerhalb des Rahmens seiner Vollmacht diejenigen Verfügungen zu treffen, welche der Eigenthümer von den Inhabern der Schuldverschreibungen würde verlangen können: „Ist der Eigenthümer berechtigt, von dem Gläubiger eine Verfügung zu verlangen, zu welcher der Vertreter (d. h. hier der Treuhänder) befugt ist, so kann er die Vornahme der Verfügung von dem Vertreter (d. h. dem Treuhänder) verlangen" (§ 1189 Abs. 2). In anderen Fällen ist die Frage, ob erlaubte *fiducia* oder nichtige Umgehung eines Gesetzes, wenn auch keineswegs simulirtes Rechtsgeschäft, vorliegt, noch sehr streitig. So bei den vielfach seit Abschaffung der Hypothek an beweglichem Gut von kreditbedürftigen Schuldnern beliebten Kaufverträgen mit fiduciarischer Rückkaufsberedung (Sicherheitsverkäufe) und der Securitätscession. Das Reichsgericht[1]) erkennt solche Geschäfte für erlaubte fiduciarische Rechtsgeschäfte. Leist[2]) und Kohler[3]) wollen wenigstens die fiduciarischen Eigenthumsübertragungen an Mobilien als Manipulationen *in fraudem* der Faustpfand-Vorschriften für nichtig bezw. anfechtbar erklären. „Denn das Gesetz verpönt im Interesse des Credits jede Pfandsicherung an Mobilien ohne die vorgeschriebene Publicität. In der ganzen Manipulation entwickelt sich regelmässig nur dasjenige wirthschaftliche Zweckbestreben, welches im Pfandvertrag seinen adäquaten Ausdruck fände, die (vom Gesetz für diese geforderte) Publicitätsvorschrift (Besitzübertragung) bezieht sich aber ihrer ganzen Tendenz nach nicht auf die Rechtsform, sondern auf das Zweckbestreben." [4]) Ich stehe nicht an, mich hier für die von Kohler vertretene Auffassung zu erklären.

1) R.G. XXVI. Nr. 32 S. 182 ff., XXIV. Nr. 31, XXX. Nr. 80 S. 274.
2) Leist, Die Sicherung von Forderungen, S. 80 ff.
3) Dogmat. Jahrb. XVI. S. 141 ff.
4) Kohler, a. a. O.

Wegen der sittlichen Bedeutung ihres Zweckes halte ich auch die fiduciarische Eingehung von familienrechtlichen Geschäften, insbesondere der Ehe für ebenso unerlaubt, d. h. eine rechtliche Anerkennung der *fiducia* in diesem Falle ebenso für unzulässig, wie die Nichtigkeit einer Scheinehe zu verneinen ist.[1]) Mit Recht bezeichnet v. Ihering[2]) den Missbrauch der Ehe zu anderen Zwecken (bei der *coemptio fiduciae causa*) als ein Zeichen beginnenden Sittenverfalls im römischen Reiche.

§ 16.

Unbewusste Incongruenz zwischen Wille und Erklärung. Irrthum im uneigentlichen (weiteren) Sinne (Versehen).[3])

Im weiteren Sinne pflegt jede unbewusste Incongruenz zwischen Wille und Erklärung als Irrthum bezeichnet zu werden. Schon v. Savigny hat aber in seiner klassischen

[1]) Beispiel einer Schein-Arrogation (oder fiduciarisch?) R.G. XXIX. Nr. 35.

[2]) Geist des röm. Rechts IV. S. 257.

[3]) Literatur: (Willensprincip) Windscheid, Wille und Willens. erklärung. Leipzig 1878 (Arch. f. civilist. Praxis Bd. 63). Zitelmann, Die jurist. Willenserklärung, Jahrb. f. Dogmatik Bd. 16 S. 257ff. Pernice, Zeitschrift f. Handelsrecht Bd. 25 S. 77ff. Eisele, Jahrb. f. Dogmatik Bd. 25 S. 414. Inaugural-Dissert. v. Scheiff, Die Divergenz zwischen Wille und Erklärung. Thomsen, Die rechtliche Willensbestimmung. Enneccerus. Rechtsgeschäft 1889 S. 67ff. — (Verkehrsprincip) Regelsberger, Vorverhandlungen bei Verträgen 1868 § 4. Ders. in Endemanns Handbuch des H.R. S. 405ff. Bähr, Ueber Irrungen im Contrahiren, Jahrb. f. Dogmatik Bd. 14 S. 393ff. — (Objectivitätstheorie) Röver, Ueber die Bedeutung des Willens bei Willenserklärungen 1874. Lotmar, Ueber *causa* im röm. Recht S. 10ff. Schall, Der Parteiwille im Rechtsgeschäft. Kohler, Jahrb. f. Dogmatik Bd. 16 S. 91ff., 325ff., Bd. 18 S. 136ff. Moddermann, *will of vertrouwen*, Groningen 1880. Scialoja, *responsibilità e voluntá*, academ. Antrittsrede, Rom 1885.

Irrthum insbesondere: Richelmann, Einfluss des Irrthums auf Verträge 1837. Savigny, Bd. 3 § 135ff. Zitelmann, Irrthum u. Rechtsgeschäft 1879. Leonhard, Irrthum bei nichtigen Verträgen 1882. Ders., Archiv f. civil. Praxis Bd. 72. Ryk, Festgaben f. Beseler 1885 S. 119ff. Unger in Gruchots Zeitschrift Bd. 15 S. 673. Ofner, ebendas. Bd. 17 S. 331ff. Affelter im Archiv f. bürgerl. R. Bd. VI Nr. 10. Pfersche, Irrthumslehre des österreich. Privatrechts. v. Thur, Zeit-

Ausführung über die rechtliche Bedeutung des Irrthums[1]) einen grossen Theil der juristisch bezw. im gewöhnlichen Leben als Irrthum bezeichneten Fälle, da sie entweder gar nichts mit einem Irrthum im psychologischen Sinne zu thun haben, oder aber bei ihnen nicht der begleitende Irrthum, sondern der durch diesen verdeckte Mangel des wahren Willens bezw. des Consenses das Wesentliche ist, als sog. unechten Irrthum ausgeschieden.

Der Begriff des Irrthums im wissenschaftlich-psychologischen Sinne ist keineswegs so einfach, wie man auf den ersten Blick meinen könnte. Jedenfalls liegt aber der Irrthum im psychologischen Sinne nicht auf dem Gebiete des Willens, vielmehr kann Irrthum nur ein Prädikat der Vorstellung sein. Aber es wäre auch falsch, jede Incongruenz zwischen Vorstellung und Wirklichkeit als Irrthum zu bezeichnen. Unsere sinnliche Wahrnehmung (Vorstellung) z. B. vom scheinbaren Umlauf der Sonne um die Erde entspricht zwar nicht dem wahren Sachverhalt, aber ist nicht irrthümlich. Irrthümlich wäre erst das daran geknüpfte voreilige Urtheil: Die Sonne bewegt sich um die Erde. Im psychologisch genauen Sinne ist also Irrthum stets nur eine Function des Urtheils, eine falsche Verbindung zwischen Subject und Prädicat, nicht aber blosse Incongruenz der Vorstellung mit ihrem Gegenstande. Denn wollte man letztere als Irrthum bezeichnen, so würde jede tiefere Erkenntnisskritik unser gesammtes sinnliches Weltbild als irrthümlich bezeichnen müssen, deshalb weil nachweisbar die subjective Empfindung zwar mit der Aussenwelt in bestimmtem Causalzusammenhange steht, keineswegs aber letztere unmittelbar und so zu sagen identisch reproducirt. Aber nicht einmal rein subjective Sinnestäuschungen sind Irrthümer, so lange der mit ihnen Behaftete sich ihrer Subjectivität bewusst bleibt und nicht daran das logische Urtheil knüpft: „Das (subjectiv) von mir Wahrgenommene ist,“ — „ist eine Wahrnehmung,“ d. h. so lange er die sinnliche Er-

schrift f. schweizer. Recht N. F. Bd. 15 S. 24 ff., Bd. 16 S. 12. Pfizer, Physiologie des Irrthums in Iherings Dogmat. Jahrb. XXIX. Verhandl. des deutsch. Juristentages XX. Bd. 1 S. 167 ff., 6 S. 106 ff.

[1]) v. Savigny, System III §§ 135—139.

scheinung nicht für wahr nimmt. Fest steht aber hiernach nur, dass der Irrthum logisch unter die Kategorie des Urtheils, d. h. einer verbindenden Vorstellungsthätigkeit fällt; doch auch damit ist sein eigentliches Wesen noch keineswegs philosophisch ergründet, vielmehr ist dieses ebenso schwer zu definiren, wie der Begriff der Wahrheit. Eine genauere Analyse würde alsbald die Relativität des Wahrheitsbegriffes und damit auch die Relativität des psychologischen Begriffes des Irrthums aufweisen. Nur dies müssen wir festhalten, dass psychologisch der Irrthumsbegriff eine positive Vorstellungsverbindung voraussetzt, d. h. die positive subjectiv Setzung eines Prädicats zum Subjecte, welches diesem Subjecte (objectiv) nicht zukommt. Dagegen ist das blosse Nichtwissen einer objectiv vorhandenen Thatsache kein Irrthum im psychologischen Sinne. Nicht die Unkenntniss des Copernicanischen Weltsystems ist ein Irrthum, sondern dessen positiver Ersatz durch das Ptolemäische. Relativ, d. h. für die Erscheinungswelt, ist der Satz durchaus richtig, dass die Erde sich um die Sonne dreht.

Hieraus ergiebt sich, dass juristisch der echte (psychologische) Irrthum nur insofern in Frage kommen kann, als die Bildung falscher Urtheile von Einfluss sein kann auf die Handlungen, insbesondere auf Rechtshandlungen (Delicte und Rechtsgeschäfte), d. h. also: der echte Irrthum ist stets Irrthum im Motiv.

Da aber beim echten Irrthum practisch, in Beziehung auf die rechtliche Bedeutung der Handlung, weniger seine positive Seite, das falsche Prädicat zur Subjectvorstellung, als vielmehr seine negative, das Fehlen des richtigen (dem Subjecte in der objectiven Welt zukommenden) Prädicats wesentlich ist, so hat man juristisch von jeher das blosse Nichtwissen dem Irrthum gleichgestellt und oft schlechthin als Irrthum bezeichnet.[1]) Nur hierdurch wird es auch begreiflich, dass die Juristen, dem gewöhnlichen, nichtwissenschaftlichen Sprachgebrauche folgend, auch Fehler in der Bildung des Willens, die durchaus nicht auf positiv falschen

[1]) *L.* 5 § 1 *D.* 41, 10: *in alieni facti ignorantia tolerabilis error est.*

Urtheilen beruhen, sondern lediglich in einer falschen, dem Zweck nicht entsprechenden motorischen Function, als Irrthum bezeichnen. Massgebend dafür ist nämlich offenbar die ganz richtige Erwägung, dass solche Fehler im motorischen Gebiete alsbald berichtigt und daher nicht zu weiteren verhängnissvollen wirklichen Irrthümern (falschen Urtheilen) führen würden, wenn sie nicht unbewusst blieben. Das blosse Nichtwissen kommt hier also praktisch dem echten (positiven) Irrthume gleich. Dennoch ist es auch für die juristische Behandlung der in Frage kommenden Thatbestände von grosser Bedeutung und daher ein unstreitiges Verdienst v. Savigny's, den Unterschied des echten vom sog. unechten Irrthum erkannt zu haben.

Dieser unechte Irrthum ist lediglich eine unbewusste Incongruenz von Wille und Erklärung, die durch irgend einen Fehler in der Aeusserung des Willens, also auf der motorischen Bahn entsteht, und die ihren entfernteren Grund allerdings in einem falschen Urtheile, also in einem echten Irrthume haben kann, in der Regel aber auch ohne Begleitung eines solchen echten Irrthums nur durch Abwesenheit des richtigen Bewusstseins möglich wird. Statt des weniger gemeinverständlichen unbeholfenen Ausdrucks: „unechter Irrthum" scheint es mir angemessener, alle Fälle dieser Art unter dem im Verkehr dafür üblichen Ausdrucke Versehen zusammmenzufassen. Beim Versehen hat der Erklärende ein völlig klares und richtiges Bild des gewollten Rechtseffects vor der Seele, aber bei der Aeusserung seines Wollens tritt ein Fehler ein, der die Folge hat, dass diese seinem Wollen nicht adäquat wird und dass somit seine Aeusserung erst Ursache falscher Urtheile bezw. Schlüsse über sein Wollen ermöglicht. Es ergiebt sich daraus, dass es ebenso viele Quellen des Versehens bei Rechtsgeschäften giebt, wie Aeusserungsmittel. Also 1. Fehler im Sprechen (Versprechen); [1] 2. im Schreiben (Ver-

[1] *L. 4 pr. D. de leg. I: Si quis in fundi vocabulo erravit et Cornelianum pro Semproniano nominavit, debebitur Sempronianus. Sed si in corpore erravit, non debebitur, quod si quis cum vellet vestem legare, suppellectilem ascripsit, dum putat suppellectilis appellatione vestem contineri, Pomponius scripsit vestem non deberi, quemadmodum*

schreiben);[1]) 3. Verwechseln, wo immer der Wille sich durch eine sonstige Handlung zum Ausdruck bringt; hierher gehört auch die falsche Adressirung oder Couvertirung eines Briefes, Unterschrift einer anderen Urkunde, als der gemeinten (Schiller's Piccolomini, Act IV, 4), Verwechseln eines Geldstücks (man giebt ein Zehnmarkstück statt eines Pfennigs), Verwechseln der Person.[2])

Logisch und auch praktisch stehen diesen Fällen des Versehens in der eigenen Person des Erklärers durchaus gleich diejenigen, wo dessen Aeusserung erst im weiteren Verlaufe ihrer Mittheilung, auf der äusseren (d. h. dem unmittelbaren Willenseinfluss des Erklärers) entzogenen motorischen Bahn

si putet auri appellatione electrum vel aurichalcum contineri vel vestis appellatione etiam argentum contineri: rerum enim vocabula immutabilia sunt, hominum mutabilia. — Allerdings handelt es sich hier nicht bloss um eigentlich motorische Sprachstörungen, Versprechen im eigentlichen Sinn, vielmehr kann das Versehen auch auf einer falschen Meinung über die Bedeutung des Wortes (bei einem Ausländer z. B.), also auf einem echten Irrthum beruhen, aber dieser echte Irrthum bezieht sich nicht auf die Willensvorstellung, in Ansehung des Willensinhalts bleibt es „Versehen" d. h. blosser Fehler in der Aeusserung.

[1]) *L.* 9 § 1 *D.* 28, 5: *Etsi in re quis erraverit, ut puta, dum vult lancem relinquere, vestem leget, neutrum debebit. hoc sive ipse scripsit sive scribendum dictaverit.*

L. 10 *Cod.* 8, 54: *Nec ignorans nec invitus quisquam donat, unde si de hoc fundo non cogitasti, cujus velut donationi te consensisse continetur instrumento, majores veritate rei quam scriptura vires obtinente, intelligis de quo non cogitasti nec specialiter subscripsisti nihil te perdidisse.*

[2]) *L.* 52 § 21 *D.* 47, 3: *Cum Titio honesto viro pecuniam credere vellem, subjecisti mihi alium Titium egenum, quasi ille esset locuples, et nummos acceptos cum eo divisisti, furti tenearis, quasi ope tua consilioque furtum factum est: sed et Titius furti tenebitur. L.* 66 § 4 *D. eod.*: *Si tu Titium mihi commendaveris quasi idoneum, cui crederem, et ego in Titium inquisii, deinde tu alium adducas quasi Titium, furtum facies, quia Titium esse hunc credo, scilicet si et ille qui adducitur, scit. quod si nescit, nec hic qui adduxit opem tulisse potest videri, cum furtum factum non sit: sed dabitur actio in factum in eum qui adduxit.*

L. 43 *pr. D. eod*: *Falsus creditor (hoc est is, qui se simulat creditorem) si quid acceperit, furtum faciet nec nummi ejus fient.*

gestört und fehlerhaft reproducirt wird, sei es nun, dass andere physische Mittelspersonen (Boten, Correspondenten u. s. w.), das Versehen begehen oder auch die benutzten künstlichen Mittheilungswerkzeuge (z. B. der Telegraph, das Telephon) falsch functioniren. Auch hier kann auf Seiten des Boten ein echter Irrthum mitspielen, allein vom Standpunkte des Erklärers handelt es sich immer um ein Versehen.

Endlich steht dem activen Versehen gleich bei empfangsbedürftigen Willenserklärungen und vor allem bei zweiseitigen Rechtsgeschäften jeder Fehler in der Auffassung, Störung der Wahrnehmung, Verhören, Missverstehen eines Ausdruckes, falsche Entzifferung einer Schrift.[1]) Zwar liegt in diesen passiven Fällen in der Regel ein echter Irrthum, nämlich ein unrichtiges Urtheil über eine Thatsache zu Grunde, aber dieser echte Irrthum bewirkt eben eine dem Willen des Vertragsgegners nicht entsprechende Erklärung, und das juristisch Erhebliche in der Sachlage ist erst der dadurch verursachte Mangel des Consenses, der zur vertragsmässigen Bindung erforderlich ist. Die Differenz zwischen Wille und Vorstellung kommt daher im vorliegenden Falle der oben gekennzeichneten Differenz zwischen Wille und Erklärung hinsichtlich ihrer juristischen Relevanz gleich.

Was nun die juristische Behandlung dieser Fälle des Versehens und des Irrthums als Ausschlussgrundes des Vertrags-Einverständnisses betrifft, so haben wir bereits oben (§ 14) jene strengere Ansicht abgelehnt, der zu Folge im sog. Interesse der Sicherheit des Verkehrs nicht nur das gesprochene, sondern auch das versprochene Wort binden soll. Diese Ansicht, die sich zwar mit Vorliebe selber auf Treu und Glauben beruft, würde geradezu umgekehrt überall zur Verletzung von Treu und Glauben führen und in Wahrheit die Sicherheit des Verkehrs aufs Aeusserste gefährden. Das Pandektenrecht hat unzweifelhaft der humaneren Anschauung (*errare humanum est*) den Vorzug gegeben, die in diesem Falle

[1]) A. in Hamburg bestellt durch einen italienischen Brief bei B. in Smyrna 1 o 2 Affen (o italienisch = oder), B. liest 0 = Null (arabische Ziffer) und sendet 102 Affen (thatsächlich vorgekommener Fall).

mit der begrifflichen Consequenz des sog Willensdogmas übereinstimmt: das Rechtsgeschäft ist eine Willenserklärung; folglich ist bei Incongruenz der Erklärung mit dem Willen keines vorhanden, der Vertrag ist eine Willenseinigung, folglich ist er bei einem Irrthum oder Versehen, das diese Willenseinigung ausschliesst, nicht vorhanden. Demgemäss begründet nach dem Pandektenrechte das Versehen Nichtigkeit der Erklärung bezw. des Vertrages.

Dabei ist aber zu beachten, dass selbstverständlich nur ein solches Versehen Nichtigkeit der Erklärung bezw. nur solches Versehen *in consensu* Nichtigkeit des Vertrages begründet, welches sich auf wesentliche Punkte der Erklärung bezw. des Vertrages erstreckt.

Welche Punkte aber sind wesentliche? Offenbar ist eine allgemeine Antwort hierauf nicht möglich. In äusserlicher Anlehnung an zahlreiche Pandektenstellen bezeichnete die frühere Theorie als wesentlich den Irrthum a) über die Person (*error in persona*), b) über die Identität des Gegenstandes (*error in corpore*), c) über die Natur des Vertrages (*error in negotio*), d) über die Höhe der Summe. Aber richtig ist nur, dass diese Punkte in der Regel wesentlich sind. Die Person ist sehr häufig auch unwesentlich, z. B. bei Baarverkäufen; — bei Genuskäufen kann von eigentlichem *error in corpore* nicht die Rede sein. Der Irrthum über die Natur des Vertrages wird freilich stets den Consens ausschliessen, sofern nicht etwa der Fall einer *conversio actus juridici* möglich ist und Parteien sich über eine Anzahl von Momenten (a + b + c) zweifellos geeinigt haben, der einen Vertragstypus x constituirt, während wegen Differenz über andere Momente (d + e), die hinzukommen mussten, um den gewollten Vertrag y (a + b + c + d + e) zu constituiren, der gewollte Vertrag nicht perfect geworden ist.[1])

[1]) *error* im weiteren Sinne (Ausschluss des Consenses) *L.* 116 § 2 *de R. J.* 50, 17: *Non videntur, qui errant, consentire.* Nichtigkeit *L.* 57 *D.* 44, 7: *In omnibus negotiis contrahendis sive bona fide sint sive non sint, si error aliquis intervenit, ut aliud sentiat, qui emit aut qui conducit, aliud qui cum his contrahit, nihil valet, quod acti sit.* — *Error in corpore: L.* 9 *pr. D.* 18, 1: *cum in corpore dissentiatur, apparet nullam esse emptionem.* — *Error in nomine* vgl. Note 1. S. 405. Ferner

Handelt es sich um ein Versehen bezw. um Irrthum als Ausschluss des Consenses bei einer Summe, so ist zu unterscheiden, ob A. dem B. weniger bewilligt, als er verlangt oder mehr; nur in ersterem Falle ist der Vertrag nichtig, in letzterem Falle ist Consens bezüglich der geringeren Summe erklärt.[1]) Wesentlich ist übrigens ein Versehen bezw. Irrthum stets dann, wenn es sich auf eine von einem der Contrahenten ausdrücklich gesetzte Bedingung (im weitesten sog. uneigentlichen Sinne) bezieht. Vgl. oben § 13 S. 387.

Von dieser Behandlungsweise des Versehens bezw. des sog. unechten Irrthums weicht diejenige des Bürgerlichen Gesetzbuches zunächst in einem wichtigen Punkte ab, nämlich darin, dass nicht mehr absolute Nichtigkeit, sondern nur mehr Anfechtbarkeit die Folge des Versehens bezw. des den Consens ausschliessenden Irrthums sein soll (§ 119 Abs. 1).[2]) Die Anfechtung aber muss ohne schuldhaftes Zögern (unver-

L. 9 § 1 *D.* 18, 1: *si in nomine dissentiamus, verum de corpore constet, nulla dubitatio est, quin valeat emptio; nihil enim facit error nominis, cum de corpore constet. L.* 34 *pr. D.* 41, 2: — *non acquiram possessionem, nisi forte in nomine tantum erraverimus, in corpore tamen consenserimus.* — *Error in persona L.* 52 oben Note 5. — *Error in negotio: L.* 18 *pr. D. reb. cred.* 12, 1: *Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias, Julianus scribit, donationem non esse. Sed an mutua sit, videndum, et puto nec mutuam esse magisque nummos accipientis non fieri, cum alia opinione acceperit, quare si eos consumpserit, licet condictione teneatur, tamen doli exceptione uti poterit, quia secundum voluntatem dantis nummi sint consumpti.* (Das *accipientis non fieri* in dieser Stelle ist nur im obligatorischen Sinne zu nehmen, im sachenrechtlichen Sinne geht Eigenthum über, da beide Theile über Tradition einverstanden sind, wie *l.* 36 *D. de adquir. rer. dom.* 41, 2 beweist.)

[1]) *L.* 52 *D. loc* 19, 2: *Si decem tibi locem fundum, tu autem existimes quinque te conducere, nihil agitur. Sed si ego minoris me locare sensero, tu pluris te conducere, utique non pluris erit conductio quam quanti ego putavi.*

[2]) § 119: „Wer bei Abgabe einer Willenserklärung über deren Inhalt im Irrthum war oder eine Erklärung dieses Inhaltes überhaupt nicht abgeben wollte, kann die Erklärung anfechten, wenn anzunehmen ist, dass er sie bei Kenntniss der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben haben würde.“

züglich) erfolgen, nachdem der Anfechtungsberechtigte von dem Anfechtungsgrunde Kenntniss erlangt hat. Die einem Abwesenden gegenüber erfolgte Anfechtung gilt als rechtzeitig erfolgt, wenn die Anfechtungserklärung unverzüglich abgesendet worden ist. — Die Anfechtung ist ausgeschlossen, wenn seit Abgabe der Willenserklärung dreissig Jahre verstrichen sind (§ 121). Die Anfechtung besteht in einer einfachen Erklärung des Inhalts, dass das Rechtsgeschäft unwirksam sein soll, vgl. oben S. 329. — Dem praktischen Interesse entspricht zweifellos diese Anfechtbarkeit besser als die rein logisch zwar consequentere Nichtigkeit; es ist keine unbillige Zumuthung, dass der, welcher sich versehen hat, bezw. welcher ein Versehen seiner Mittelsperson entdeckt, zur Herbeiführung der Ungültigkeit eine Anfechtungserklärung abgeben muss, praktisch wird doch auch die Nichtigkeit in der Regel nur, sofern sie eben geltend gemacht wird; und warum dritte Personen die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäftes geltend machen dürfen sollten, wenn der zunächst Betheiligte sich zwar versehen hat, aber nachträglich sein Versehen aus nur ihn angehenden Gründen nicht geltend machen möchte, ist nicht einzusehen. Ebenso wenig kann sich auch der Gegner des Irrenden beschweren, wenn die von ihm für gültig gehaltene Willenserklärung mangels Anfechtung auch gültig bleibt. Nur insofern wird durch die Anfechtbarkeit der Gegner des Irrenden berührt, als sie einen Zustand der Ungewissheit über die Gültigkeit der Willenserklärung herbeiführt, dessen Beendigung vom Willen des Irrenden abhängt. Der Dauer dieses Zustandes setzt jedoch die Vorschrift eine Schranke, dass die Anfechtung ohne schuldhaftes Zögern erfolgen muss, nachdem der Irrende von dem Irrthume Kenntniss erlangt hat, widrigenfalls er das Anfechtungsrecht verliert.[1]) —

[1]) Denkschrift S. 33. B.G.B. § 121: „Die Anfechtung muss in den Fällen der §§ 119, 120 ohne schuldhaftes Zögern (unverzüglich) erfolgen, nachdem der Anfechtungsberechtigte von dem Anfechtungsgrunde Kenntniss erhalten hat. Die einem Abwesenden gegenüber erfolgte Anfechtung gilt als rechtzeitig erfolgt, wenn die Anfechtungserklärung unverzüglich abgesendet worden ist. — Die Anfechtung ist ausgeschlossen, wenn seit der Abgabe der Willenserklärung dreissig Jahre verflossen sind.“

Im übrigen hat der § 117 Abs. 1 B.G.B. lediglich dieselben Fälle des (unechten) Irrthums im Auge, die nach Pandektenrecht Nichtigkeit nach sich ziehen, also das „Versehen“ (den Fall, dass einer „eine Erklärung dieses Inhaltes überhaupt nicht abgeben wollte“) und den Irrthum, der den Consens ausschliesst (wenn Jemand „bei der Abgabe einer Willenserklärung über deren Inhalt im Irrthume war“). Ausdrücklich ist auch die unrichtige Uebermittelung einer Willenserklärung durch die zur Uebermittelung verwendete Person oder Anstalt dem Versehen in der Person der Person des Erklärenden selber gleich gestellt (§ 120).[1])

Die Frage aber, ob das Versehen bezw. der vom Irrthum veranlasste oder verkannte Mangel des Consenses wesentlich ist, überlässt das Bürgerliche Gesetzbuch lediglich dem concreten Ermessen des Richters. Das Rechtsgeschäft soll anfechtbar sein, „wenn anzunehmen ist, dass die Erklärung von ihrem Urheber bei Kenntniss der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben sein würde“: Dadurch hat man dem Richter zur Pflicht machen wollen, bei Beurtheilung der Wesentlichkeit des Irrthums einen billigen Ausgleich zwischen den sich widerstreitenden Interessen des Irrenden und des anderen Theils anzustreben: er soll bloss subjectiven Launen des Irrenden keinen Schutz gewähren; wenn beispielsweise beim Verkauf einer Sache nachträglich eine Personenverwechselung constatirt wird, aber ein vernünftiges Interesse des Irrenden, die Sache gerade dieser Person, der verkauft ist, nicht zu verkaufen, nicht ersichtlich ist, so soll der Irrthum über die Person nicht für wesentlich erkannt werden. Andererseits hat der rein objective Standpunkt, wonach ausschliesslich die Verkehrssitte die Wesentlichkeit des Irrthums zu bestimmen hätte, nicht anerkannt werden sollen; für manche Punkte eines Vertrages, wie z. B. Erfüllungsort und Zeit, ferner für ausdrücklich oder

[1]) B.G.B. § 120: „Eine Willenserklärung, welche durch die zur Uebermittelung verwendete Person oder Anstalt unrichtig übermittelt worden ist, kann unter der gleichen Voraussetzung angefochten werden, wie nach § 119 eine irrthümlich abgegebene Willenserklärung.“

stillschweigend (aber erkennbar) vorausgesetzte Accidentalien würde auch der Massstab der Verkehrssitte von vornherein versagen. Im Allgemeinen aber werden die pandektenrechtlich anerkannten Fälle wesentlichen Irrthums auch in Zukunft vorbildlich bleiben, der Spielraum des richterlichen Ermessens ist lediglich über die von der Theorie bislang ziemlich äusserlich aus den pandektenrechtlichen Fällen abgeleiteten Beispiele (*error in negotio, in corpore* u. s. w.) ausgedehnt worden.

Einen besonderen Fortschritt über das Pandektenrecht hinaus enthält jedoch bei der Behandlung des Versehens bezw. des den Consens ausschliessenden Irrthums die in § 122 B.G.B. unbedingt normirte Schadensersatzpflicht des Anfechtenden zum sog. negativen Vertragsinteresse. Eine solche Schadensersatzpflicht hat pandektenrechtlich zuerst v. Ihering (Dogmat. Jahrb. IV, Nr. 1) unter Aufstellung der sog. *culpa in contrahendo* vertreten, d. h. durch den Versuch des Nachweises, dass auch nach Pandektenrecht bereits, wie z. B. nach Preuss. A.L.R. I, 5, § 284, das Gebot der contractlichen *diligentia* wie für gewordene, so auch für werdende Contractsverhältnisse gelte; eine Verletzung desselben begründe hier wie dort die Contractsklage auf Schadensersatz. Das Mittel, einen Anspruch wegen *culpa in contrahendo* geltend zu machen, war nach v. Ihering die Contractsklage selbst; in der That ist es nicht abzustreiten, dass in zahlreichen Fällen, wo z. B. wegen Unfähigkeit des Objects (*res extra commercium*) [1]) auch bei entschuldbarem Irrthume des Käufers [2]) das römische Recht die Contractsklage zuliess, obwohl der Contract als solcher nichtig war. Die Klage ging in diesem Falle nicht auf Erfüllung bezw. auf das positive Erfüllungsinteresse, sondern auf das negative, auf den Schaden, den Kläger dadurch erleidet, dass der Vertrag nicht zu Stande gekommen ist. [3]) Dieser Schaden kann in

[1]) *L.* 4 *L.* 6 *pr. D.* 34, 2. *L.* 70 *D.* 18, 1. § 5 *J.* 3, 23.

[2]) *L.* 21 *pr.* 19, 1.

[3]) *L.* 45 *D. her. pet.* 5, 3: *quanti ejus interfuit non decipi. L.* 62 *D. de contr. empt.* 18, 1: *ut consequatur: quod interfuit ejus, ne deciperetur* (*decipi* ist hier rein objectiv zu verstehen).

positivem Verlust bestehen, z. B. in Unkosten, die Kläger im Vertrauen auf die Gültigkeit des Vertrages aufgewandt hat, Verpackungs-, Versendungs-, Abladungskosten, Steuer, üblichen Trinkgeldern u. s. w.; aber auch in entgangenem Gewinn: z. B. der Kutscher, der irrthümlich auf einen anderen, als den beabsichtigten Tag bestellt ist, der Gastwirth, bei dem statt bei einem anderen durch Versehen in der Adresse Zimmer bestellt sind, haben durch dieses Versehen keinerlei positiven Schaden gehabt; allein, wenn beide in Folge dieser Bestellung eine sich ihnen darbietende andere Gelegenheit zur Verwerthung ihres Fuhrwerks oder ihrer Zimmer abgelehnt haben, so steht dies für beide dem Verlust an baarem Gelde völlig gleich. Das negative Interesse kann daher unter Umständen die Höhe des positiven erreichen. In den beiden letzten Fällen erhalten die Kläger ganz dasselbe, was sie im Fall der Ausführung des Vertrages hätten fordern dürfen, aber freilich aus einem ganz anderen Grunde.

Andererseits aber ist auch klar, dass die Interessenforderung des Klägers, wie sie sich einerseits bis zur Höhe des Erfüllungsinteresses erheben, so andererseits sich auf Nichts reduciren kann. Wenn der Bote, nachdem er aus dem Laden gegangen, entdeckt, dass er den Auftrag falsch ausgerichtet, und seinen Irrthum sofort berichtigt, so hat der Scheincontract überall noch keine äusseren und objectiven Folgen gehabt; für die subjectiven und inneren, d. h. die Unannehmlichkeit der Enttäuschung gewährt aber das Recht bekanntlich keinen Ersatz.

Den Gesichtspunkt der *culpa*, des subjectiven Verschuldens, musste indessen bereits v. Ihering in vielen Fällen als unzulänglich einräumen, insbesondere da, wo es sich um Versehen nicht des Erklärers selbst, sondern einer Mittelsperson oder gar um rein zufällige Störungen des gewählten Communicationsmittels z. B. des Telegraphen handelt. Er war sich daher bewusst, mehr *de lege ferenda* als *de lata* zu schreiben, wenn er den Grundsatz aufstellte: „Beim Contrahiren hat jeder für die Zuverlässigkeit seiner Willenserklärung einzustehen, ein Mangel derselben, welcher die vom Gegner angenommene Perfection des Contractes in

Wirklichkeit ausgeschlossen hat, verpflichtet ihn zum Schadensersatz."

Das Bürgerliche Gesetzbuch, das ja auch in einigen anderen Fällen kein Bedenken getragen hat, eine Schadensersatzpflicht ohne Verschulden zu normiren, hat nun diesen Gedanken aufgenommen und bestimmt in § 112, dass, wenn eine Willenserklärung wegen nicht vorhandener Ernstlichkeit des Willens nichtig ist, oder wegen Versehens bezw. Irrthums über den Inhalt des Rechtsgeschäftes angefochten wird, „der Erklärende, wenn die Erklärung einem Anderen gegenüber abzugeben war, diesem, andernfalls jedem Dritten den Schaden zu ersetzen hat, den der Andere oder der Dritte dadurch erleidet, dass er auf die Gültigkeit der Erklärung vertraut, jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus, welches der Andere oder der Dritte an der Gültigkeit der Erklärung hat". Zugebilligt wird also Schadensersatz auch dann, wenn keinerlei Verschulden des Urhebers der Erklärung nachzuweisen ist und ausgedehnt wird er auch über den Contractsbegriff hinaus, so dass nicht nur der andere Contrahent, sondern jeder Dritte, der in seinem Vertrauen sich getäuscht sieht, ihn beanspruchen kann. Es constituirt also der § 122 zweifellos eine aussercontractliche Schadensersatzpflicht ohne subjectives Verschulden und reiht sich somit an die §§ 45 (Haftung der juristischen Person für Verschulden ihrer Organe), 125 (Haftung des *falsus procurator*), 231 (Haftung für die Folgen erlaubter Nothwehr- bezw. Nothstandshandlungen), 813 (Haftung Unzurechnungsfähiger) 833, 834 (Haftung für Thierbeschädigungen). Der legislative Grund ist in der Billigkeitserwägung zu finden, dass der Veranlasser der Erklärung, auch wenn ihn kein subjectives Verschulden trifft, doch immerhin objectiv für den Schaden eher verantwortlich zu machen ist, als der auf die Zuverlässigkeit des von Jenem gewählten Erklärungsmittels Vertrauende (Veranlassungs- oder Causalitätsprincip).[1] Wie in allen Fällen

[1]) Dass übrigens auch dem römischen Rechte der Gedanke solcher Schadenshaftung ohne subjective Schuld nicht ganz fremd war, beweisen

derartiger aussercontractlicher Schadenshaftung ist daher auch in diesem Falle die Haftung keine unbeschränkte. Ihr Maximum ist das positive Erfüllungsinteresse. (Der Gastwirth, der auf die Richtigkeit meiner ihm aus Versehen übermittelten Bestellung vertraute, kann zu höchst nur den Betrag der zu erwartenden Zimmermiethe fordern, aber nicht etwa geltend machen, dass er zufolge meiner Bestellung einen anderen Gast abgewiesen habe, der längeren Aufenthalt bei ihm genommen und erhebliche Ausgaben gemacht haben würde, er kann nicht einmal die vom Besteller nach dem gewöhnlichen Verlaufe zu erwartenden Nebenausgaben an Speise und Trank vergütet verlangen.)

Anderseits aber ist durch § 122, Abs. 2 dem für das Versehen haftbaren Urheber der falschen Erklärung die Einrede des eigenen Verschuldens des Klägers (eine Art der *exceptio doli generalis*) verstattet: „Die Schadensersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Beschädigte den Grund der Nichtigkeit oder der Anfechtbarkeit kannte oder in Folge von Fahrlässigkeit nicht kannte (kennen musste).“

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat auf diese Weise den denkbar billigsten Ausgleich zwischen den verschiedenen bezüglich des Versehens und Irrthums über den Inhalt einer Erklärung möglichen legislativen Behandlungsweise, insbesondere zwischen dem sog. Willensdogma und der Erklärungstheorie zu treffen gesucht.

§ 17.

Irrthum im engeren Sinne und Unwissenheit. Unterschied zwischen faktischem Irrthum und Rechtsirrthum.

Der eigentliche Irrthum besteht, wie bereits oben S. 403, 404 festgestellt wurde, stets in einer falschen d. h. dem objectiven

L. 19 § 2 *D. l.* 9 § 1 *D.* (19, 2) *l.* 1 § 1 *D.* 21, 1 *l.* 61 § 5 *D. de furt.* 47, 2 *l.* 25 § 4 *D. locati* 19, 2: *Colonus villorum curam agere debet, ut eas incorruptas habeat. Culpae autem ipsius et illud ad numeratur, si propter inimicitias ejus vicinus arbores exciderit.* (Offenbar ist die Annahme eines subjectiven Verschuldens in diesem Falle eine nur künstliche.)

Verhältniss nicht entsprechenden Vorstellungsverbindung, die aber von dem (falschen) Bewusstsein der Wahrheit begleitet sein muss; der sich in Phantasiecombinationen ergehende Dichter irrt nicht, weil er weiss, dass seine Vorstellungscombination rein subjectiv ist. Der Irrthum ist ein Mangel des sog. Urtheilsvermögens, ein Missverhältniss derjenigen Ideenassociationen, die von dem den Urtheilen eigenthümlichen Anspruche auf objective Geltung begleitet sind, zur Wirklichkeit; irrthümlich ist jedes Urtheil, das sich nicht „bewährt". Hieraus schon ergiebt sich, dass am Irrthum d. h. an jedem falschen Urtheil das Negative, der Mangel des richtigen Wissens, das wesentlichste ist. „Die Unwahrheit besteht in einem Mangel der Kenntniss, welchen die unangemessenen oder verstümmelten oder verworrenen Vorstellungen enthalten", sagt Spinoza, Ethik II. Lehrsatz 35, und seine Begründung lautet: „Es giebt nichts Positives in den Vorstellungen, was das Wirkliche der Falschheit ausmachte; die Unwahrheit kann aber nicht in einem unbedingten Mangel bestehen; denn man sagt von den Seelen und nicht von den Körpern, dass sie irren oder täuschen; aber auch nicht in einer unbedingten Unwissenheit; denn Nichtwissen und Irren sind verschieden. Die Falschheit besteht deshalb in einem Mangel der Kenntniss, welchen die unzureichende Kenntniss der Dinge oder die unzureichenden und verworrenen Vorstellungen derselben enthalten."

Jedenfalls ist nun der Mangel der Kenntniss juristisch das einzig Erhebliche am Irrthum; denn er allein bildet die Ursache, dass der Wille seinen wirklichen Ausdruck (vergl. den vorstehenden Paragraphen) oder aber, wenn nicht seinen Ausdruck, so doch seine entfernteren Zwecke verfehlt. Daher haben schon die römischen Juristen den positiven Irrthum und die blosse Unwissenheit (*error* und *ignorantia*) einander gleich gestellt.[1])

Nur ein solches falsches Urtheil oder nur solcher Mangel der richtigen Kenntniss ist jedoch juristisch erheblich, der praktische Folgen hat. So lange ein Irrthum rein theoretisch bleibt, kann er keine Rechtsfolgen nach sich ziehen. Dieser

[1]) *L.* 5 § 1 *D.* 41, 1: *quia in alieni facti ignorantia tolerabilis error est.*

scheinbar so selbstverständliche Satz wird oft übersehen, wenn irrthümliche Aeusserungen einer Partei von ihrem Gegner gegen sie selber verwerthet werden. Zweifellos kann die Partei einen rein theoretischen Irrthum über ihre eigene Rechtsstellung jeder Zeit berichtigen: ein falsches Urtheil, das sie über ihr eigenes Recht ausgesprochen hat, ist ohne Wirkung, so lange sie nicht auf Grund desselben sich zu einem dispositiven Willensakte, zu einem Verzichte hat verleiten lassen. Lediglich hierauf bezieht sich der Satz der Digesten: *nulla voluntas errantis est.*[1]) Besonders bedeutsam wird diese Regel da, wo Jemand in Unkenntniss seines eigenen Rechtes als Stellvertreter eines Anderen über dieses verfügt; die Annahme des Verzichtes in solchem Falle ist durch die Erwägung ausgeschlossen, dass derjenige, der sich nicht einmal ein Recht zuschreibt, um so weniger die Absicht haben kann, darauf zu verzichten.[2]) Der Auctionator, welcher in Unkenntniss seines Eigenthums an der Sache diese für einen Anderen versteigert und tradirt, verliert nicht das Eigenthum; wenn er vindicirt, steht ihm die *exceptio rei venditae et traditae* nicht entgegen.

Für die Rechtsprechung ist es sodann von grösster Bedeutung, ob ein Irrthum sich auf thatsächliche Momente oder auf Rechtssätze bezieht. Daher legt schon das Pandektenrecht grossen Werth auf die Unterscheidung des *error* bezw. der *ignorantia facti* einerseits und *juris* andrerseits.[3])

[1]) *L.* 20 *D. de aqua pluvia* 39, 2 *l.* 8. 9. *Cod. de jur. et fact. ignor.* 1, 18.

[2]) *L.* 12 *D. de jure patr.* 37, 14 *L.* 22 *D. de test. tut.* 26, 2: (Ulpianus) *Si quis tutorem dederit filio suo servum, quem putabat liberum esse, cum esset servus, is neque liber neque tutor erit.* *L.* 54 *D. r. v.* 6, 1: *inter officium advocationis et rei suae defensionem multum interest nec propterea quis, si postea cognoverit, rem ad se pertinere, quod alii eam vindicanti tunc ignorans suam esse adsistebat, dominium suum amisit.*

Vgl. auch *L.* 8 *D. de H. P.* 5, 3. *l.* 15 *D. de prob.* 22, 3.

[3]) Allerdings ist die Erheblichkeit dieses Unterschiedes wenigstens für das Strafrecht neuerdings in Abrede gestellt worden, besonders von v. Bar, Causalzusammenhang, S. 71 ff., welchem u. A. Binding, Grundriss S. 101, folgt. Allein m. E. führt diese Behauptung auch im Strafrecht, z. B. bei der Frage des sog. Putativdelicts, der Putativnothwehr zu unlösbaren Schwierigkeiten. Die Ansicht verkennt den Anspruch der

Die rechtliche Beurtheilung des Irrthums im engeren Sinne hängt im Wesentlichen ab von der Frage des in dem Irrthum enthaltenen Verschuldens. Wenn nach Malebranche, recherche de la vérité II e. 2, im Sinne der gewöhnlichen (metaphysischen) freien Willenstheorie, die die Moral und das Recht ungeachtet ihrer empirischen Unbeweisbarkeit nicht entbehren kann, jeder Irrthum zugleich einen Willensfehler einschliesst,[1]) so ergiebt sich von selber, dass zwischen (relativ) entschuldbarem und unentschuldbarem Irrthum zu unterscheiden ist.

Da Jeder das Recht kennen soll, so ist aber der Rechtsirrthum in der Regel unentschuldbar und findet als solcher keine Berücksichtigung.[2]) Nur gewissen Personen, Minderjährigen, Soldaten, Frauen, Bauern (*rustici ceterique simplicitate gaudentes*) soll der Rechtsirrthum bezw. die Unkenntniss des Gesetzes im Civilrecht in der Regel nachgesehen werden, anderen nur, sofern es sich um besonders zweifelhafte Rechtssätze handelt, bezüglich deren auch die Juristen uneins sein können. Auf alle Fälle soll der Rechtsirrthum ferner nur zur Abwendung von Nachtheilen (gegen Rechtsverluste) geltend gemacht werden, niemals als ein, die *bona fides* rechtfertigendes Moment zum Erwerbe von Vortheilen.[3]) Zu beachten ist jedoch, dass Rechtsirrthum bezw.

Rechtsordnung auf eine besondere Pflicht der Personen, an die sie ihre Gebote richtet, diese auch kennen zu lernen. Jede Rechtsordnung muss bis zu einem gewissen Grade die Kenntniss ihrer Normen bei den ihr unterworfenen Personen präsumiren, sie kann den Rechtsirrthum niemals in dem Maasse entschuldbar finden, wie dies der humane Grundsatz *errare humanum est* in Beziehung auf faktische Verhältnisse verlangt oder zulässt.

[1]) *L'erreur ne consiste donc que dans un consentement précipité de la volonté, qui se laisse éblouir à quelque fausse lueur, et qui au lieu de conserver sa liberté autant qu'elle le peut, se repose avec négligence dans l'apparence de la vérité, Malebranche, édition Bouiller II S.* 14.

[2]) *L.* 9, *pr. D. de Juris ignor.* 22, 6: *Regula juris est, ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere.*

[3]) *L.* 7 *D. h. t.* 22, 6: *Juris ignorantia non prodest acquirere volentibus, suum vero petentibus non nocet.*

L. 8 *eod.: Error facti ne maribus quidem in damnis vel compendiis obest, juris autem error nec feminis in compendiis prodest.*

Rechtsunkenntniss, auch wenn im Uebrigen nicht entschuldbar, immerhin den *dolus* und dessen nachtheilige Folgen ausschliessen muss, und dass insofern der Irrthum über bürgerliches Recht in strafrechtlicher Hinsicht allerdings dem rein faktischen Irrthume gleich steht.[1])

Das Bürgerliche Gesetzbuch erwähnt den Rechtsirrthum im Unterschiede vom faktischen überhaupt nicht, auch die Motive geben darüber keine Auskunft; anscheinend ist die neuere Anschauung von der Unerheblichkeit dieses Unterschiedes auf seines Redaction von Einfluss gewesen. Dennoch glaube ich, dass Wissenschaft und Praxis auf die dem natürlichen Billigkeitsgefühle entsprechenden römisch-rechtlichen Grundsätze zurückkommen werden.

Der faktische Irrthum kann sich beziehen:

1. auf den Thatbestand des Rechtsgeschäftes;
2. auf die Voraussetzungen desselben, d. h. auf solche Umstände, die nicht zum nothwendigen oder vereinbarlichen Thatbestande des Geschäftes selber gehören, z. B. Irrthum über die Eigenschaften der Sache, insbesondere auch über ihren Werth, Irrthum über die Fähigkeit der Person des Gegencontrahenten;
3. auf die Folgen des Geschäftes, und zwar entweder auf die Rechtsfolgen; z. B. Verkäufer weiss nicht, dass er für Eviction haftet, Erbe nicht, dass er mit seinem ganzen Vermögen für die Schulden des Nachlasses haften muss, oder auf die wirthschaftlichen bezw. sonstigen

L. 4 *eod.: Juris ignorantiam in usucapione negatur prodesse: facti vero ignorantiam prodesse constat.*

L. 24 *D. de usuc.* 41. 3: *Ubi lex inhibet usucapionem, bona fides possidenti nihil prodest.*

[1]) Vgl. *L.* 36 § 1 *C.* 37 *pr. D. de usuc.* 41, 3: *Item si quis aliqua existimatione deceptus crediderit, ad se hereditatem pertinere, quae ad eum non pertineat, et rem hereditariam alienaverit, aut si is, ad quem ususfructus ancillae pertinet, partum ejus existimans suum esse, quia et foetus pecudum ad fructuarium pertinet, alienaverit, — furtum non committit: furtum enim sine affectu furandi non committitur.*

Aus moderner Praxis: R.G. in Strafs. II. S. 268, III. S. 184, 300, VI. S. 384. VII. S. 65.

Folgen; z. B. Käufer irrt sich in der Rentabilität beim Speculationskauf, er kauft Waaren, die er mit Verlust weiter verkaufen muss.

Sofern der Irrthum sich auf den Thatbestand (Inhalt) des Rechtsgeschäftes bezieht, haben wir ihn dem sog. uneigentlichen Irrthum, dem Versehen, gleich zu stellen und seine rechtliche Behandlung daher im Wesentlichen im vorstehenden Paragraphen erledigt.

Eine besondere Behandlung fordert aber der Fall, dass die Parteien nicht, wie im § 16 vorausgesetzt wurde, fälschlich die gesetzlichen oder vereinbarlichen Existenzbedingungen eines Geschäftes annehmen, während diese nicht vorhanden sind, sondern umgekehrt, dass die Parteien irrig annehmen, der Rechtseffect sei mangels gewisser Erfordernisse, die sie irrig voraussetzen, nicht eingetreten, während objectiv der Rechtsordnung genügt ist. In diesem Falle bringt das römische Recht die Regel zur Anwendung: *plus est in re quam in existimatione rei* d. h. entscheidend ist lediglich das objective Dasein der Erfordernisse, an welche die Rechtsordnung ihre Wirkungen knüpft, und die irrige Annahme, diesen Erfordernissen sei in irgend einem Punkte nicht Genüge geleistet, ist unerheblich.[1])

Das Dasein des Rechtsgeschäfts ist nur von der auf seine ökonomischen Wirkungen gerichteten Willensbestimmung abhängig. — Nur im Erbrecht wird diese Regel durch zwei Ausnahmen unterbrochen: 1. bei Errichtung des Testaments soll der Erblasser die Ueberzeugung seiner Testirfähigkeit besitzen, 2. bei Antretung der Erbschaft soll der Erbe über den Delationsgrund orientirt sein. Die Ausnahme ad 2 hat auch das Bürgerliche Gesetzbuch, das übrigens die gedachte Regel übergeht,

[1]) *L.* 9 § 4 *D. h. t.* 22, 6: *Qui ignoravit dominum esse rei venditorem, plus in re est quam in existimatione mentis: et ideo, tametsi existimet se non a domino emere, tamen si a domino ei tradatur, dominus efficitur.* § 11 *J.* 2, 20: *Si quis rem suam quasi alienam legaverit, valet legatum. Nam plus valet, quod in veritate est, quam in opinione. Sed et si legatarii putavit, valere constat, quia exitum voluntas defuncti potest habere.*

Andere Anwendungsfälle der Regel siehe *L.* 4 § 1 *D. de manumiss.* 40, 2 *l.* 31 § 6. *D. l.* 44 § 1 *D. de usurp.* 41, 3 *l.* 21 *eod.* (besonders interessanter Fall).

weil es sie nach meiner Ansicht stillschweigend voraussetzt, übernommen. Die Annahme einer Erbschaft gilt als nicht erfolgt, wenn der Erbe über den Berufungsgrund im Irrthum war (§ 1949). Dagegen ist die erst gedachte Ausnahme im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht besonders hervorgehoben, das Testament ist aber nach § 2078 anfechtbar, wenn der Erblasser „eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte und anzunehmen ist, dass er sie bei Kenntniss der Sachlage nicht abgeben würde“. Dieser Paragraph trifft nun meines Erachtens dann zu, wenn Erblasser glaubt, seine letztwillige Verfügung werde, da ihm die Fähigkeit zu derselben fehle, nichtig sein.

Eine andere Ausnahme, die das Bürgerliche Gesetzbuch von diesem Grundsatze macht, haben wir oben S. 92 bereits *de lege ferenda* als ungerechtfertigt kritisirt. Wenn ein Ehegatte, nachdem der andere Ehegatte für todt erklärt worden ist, eine neue Ehe eingeht, so ist die neue Ehe nach § 1348 B.G.B. nichtig, wenn beide Ehegatten bei der Eheschliessung wissen, dass er die Todeserklärung überlebt hat. Wenn nun der Verschollene zwar die Todeserklärung überlebt hat, aber zur Zeit des Eheschlusses nicht mehr lebte, so haben wir oben S. 92 gesehen, ist nach dem Wortlaute des § 1348 gleichwohl auf Grund der bloss subjectiven *mala fides* der Nupturienten deren Ehe nichtig, obwohl keine strafbare Bigamie vorliegt. Es wäre hier offenbar am Platze gewesen, den römischrechtlichen Grundsatz: *plus est in re quam in existimatione* gelten zu lassen.

Es erübrigt nunmehr, den Irrthum über die Voraussetzungen und Folgen eines Rechtsgeschäftes d. h. den Irrthum in den Motiven einer genaueren Erörterung zu unterziehen.

§ 18.

Der Irrthum in den Motiven (Beweggründen). Irrthum über Eigenschaften (sog. *error in substantia*). Probabilität und Entschuldbarkeit des Irrthums im Motive.

Wir haben bereits oben (S. 339) hervorgehoben, dass die Abgrenzung eines Willensinhalts von seinen sog. Motiven ausserordentlich schwierig im psychologisch-wissenschaftlichen Sinne

ist. Der Grund liegt darin, dass jegliche Handlung, so auch das Rechtsgeschäft, eigentlich nichts anderes ist als die psychologisch-physiologische Resultante von so und so viel, in keinem einzelnen Falle genau begrenzbaren, positiven oder negativen Vorstellungen, dass die vulgäre Ansicht von einem besonderen freien Willensact (Entschluss), jenseits dessen die Motive als nicht eigentlich necessitirende, sondern nur inclinirende Elemente lägen, unhaltbar ist. Wenn gleichwohl das Recht ein praktisches Interesse daran hat, einen Theil der die Rechtshandlung *in concreto* necessitirenden Vorstellungen des Subjectes als „Motive oder blosse Beweggründe“ von dem Inhalt der Erklärung zu unterscheiden, so müssen wir sagen: Motive im juristischen Sinne sind alle diejenigen Vorstellungen, die im concreten Rechtsgeschäfte als dessen Existenzbedingungen neben dem vom Gesetze als abstracten Thatbestandsmomenten (*essentialia* und *naturalia negotii*) subintelligirten Willensinhalt (vergl. oben S. 336, 340) nicht zum Ausdruck gebracht sind. Wir haben daher bereits bemerkt, dass die Bedingung und zwar sowohl diejenige im engeren wie diejenige im weiteren Sinne gleich allen anderen *accidentalia negotii* nichts anderes darstellt als ein zur Existenzbedingung des Rechtsgeschäftes gestempeltes Motiv (S. 361, 387 oben).

Im Allgemeinen gilt das Princip, dass die Motive und somit auch der Irrthum in Motiven als etwas rein innerliches und schwer nachweisbares vom Rechte nicht berücksichtigt werden. Die meisten Ausnahmen erleidet dieses Princip bei letztwilligen Verfügungen. Zwar sagt *l.* 72 § 6 *D. de leg. I: falsam causam legato non obesse verius est, quia ratio legandi legato non cohaeret.* Allein jedenfalls ist ein Testament und ein Legat anfechtbar, *si probetur alias legaturus non fuisset* (*l.* 72 § 6 *D.* 35, 1), d. h. wenn nachgewiesen wird, dass das ausschlaggebende Motiv auf einem Irrthum beruhte; angenommen wird, dass eine letztwillige Verfügung durch ein falsches Motiv necessitirt ist,

a) bei irriger Annahme des Todes einer näher stehenden Person; [1])

[1]) *L.* 28 *D. de inoff. lat.* 5, 2: *Cum mater filium falso audisset decessisse et testamento heredes alios instituisset, divus Hadrianus decrevit*

b) bei Irrthum über das Verhältniss der Bedachten zum Erblasser; [1])

c) bei irriger Annahme des Eigenthums der vermachten Sache durch den Erblasser. [2]) In letzterem Falle ist jedoch der Gegenbeweis zulässig, der Erblasser würde eine andere ähnliche und gleichwerthige Sache vermacht haben.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat den ad a gedachten Fall in seinem § 2079 dahin präcisirt, dass eine letzwillige Verfügung angefochten werden kann, „wenn der Erblasser einen zur Zeit des Erbfalls vorhandenen Pflichttheilsberechtigten übergangen hat, dessen Vorhandensein ihm bei der Errichtung der Verfügung nicht bekannt war oder der erst nach der Errichtung geboren oder pflichttheilsberechtigt geworden ist. Die Anfechtung ist ausgeschlossen, soweit anzunehmen ist, dass der Erblasser auch bei Kenntniss der Sachlage die Verfügung getroffen haben würde.“ Es präsumirt also (*praesumptio juris*) bei Vorhandensein unbekannter Pflichttheilsberechtigter, dass der Irrthum über diese Thatsache eine negative Existentenzbedingung der letztwilligen Verfügung gewesen, d. h. positiv, dass Erblasser die Verfügung unterlassen haben würde, wenn er die Thatsache kannte; doch lässt es durch S. 2 des Paragraphen den Einredebeweis gegen die Anfechtungsklage zu, dass diese Annahme *in concreto* ungerechtfertigt sei. Im übrigen lässt § 2078 des Bürgerlichen Gesetzbuches auch ganz allgemein die Anfechtung letztwilliger Verfügungen zu, nicht bloss wegen Versehens bezw. Irrthums über den Inhalt seiner Erklärung, sondern auch, wenn „der Erblasser zu der Verfügung durch die irrige Annahme oder Erwartung des Eintritts oder Nichteintritts eines Umstandes“ bestimmt worden ist (§ 2078 Abs. 2). Bestimmt worden sein bedeutet aber in diesem Falle dasselbe, was negativ die *l.* 71 § 6 S. 35, 1 dahin

hereditatem ad filium pertinere ita, ut libertates et legata praestentur. l. 92 *D. de her. inst.* 28, 5.

[1]) *L.* 5 *Cod.* 6, 23. *l.* 4, 7 *Cod. de her. inst.* 6, 24. *l.* 1 § 11 *D.* 37, 10.

[2]) *L.* 10 *Cod.* 6, 37. § 4 *J. de leg.* 2, 20.

formulirt: *si probetur alias legaturus non fuisset,* d. h. es muss die irrige Annahme oder Erwartung, wenn auch nicht als einziges Motiv der Verfügung, so doch als solches erhellen, bei dessen Fortfall die Verfügung nach individueller psychologischer Wahrscheinlichkeitsberechnung unterblieben sein würde.

Auch bei Rechtsgeschäften unter Lebenden ist die Regel, dass der Irrthum im Beweggrunde unbeachtlich sei, nicht ohne erhebliche Ausnahmen.

Hierher gehört vor allem der in Wissenschaft und Praxis so viel umstrittene sog. *error in substantia*, der Irrthum über die Eigenschaft eines Gegenstandes im Rechtsgeschäft. Wenn wir uns eine bestimmte Eigenschaft ausdrücklich bedingen (sog. *dictum promissum*), so haben wir durch diese Bedingung im weiteren Sinne die Eigenschaft in den ausdrücklichen Inhalt des Rechtsgeschäftes gebracht, sie gilt also juristisch nicht mehr als blosses Motiv; auch wenn beide Vertragstheile in ihrer Annahme irrten, können sie diesen Irrthum als einen Irrthum über den Inhalt geltend machen. Das römische Recht erachtet zwar einen Kauf in solchem Falle nicht für nichtig, sondern hält den Verkäufer aus seinem Versprechen mit Recht für verpflichtet; man soll eben kein Versprechen geben, das man nicht halten kann. Es giebt daher dem Käufer die *actio empti*, d. h. entweder, bei generischem Kaufe, auf Lieferung anderer Sachen, die die zugesagte Eigenschaft haben, oder, beim Specieskaufe, auf das Interesse, das entweder in Preisminderung, auch in Rückgängigmachung des Geschäftes (Rückzahlung des gezahlten Preises gegen Rücknahme der Sache), aber auch in weiterem Schadensersatz bestehen kann. So auch das Bürgerliche Gesetzbuch: nach § 462 desselben kann der Käufer wegen Mangels einer vom Verkäufer zugesicherten Eigenschaft Rückgängigmachung des Kaufes (Wandelung) oder Herabsetzung des Kaufpreises (Minderung) verlangen, fehlt ferner der verkauften Sache zur Zeit des Kaufes eine zugesicherte Eigenschaft, so kann nach § 463 der Käufer auch statt der Wandelung oder der Minderung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Abgesehen vom Kauf und vom Tausch, bei dem eben-

falls die Grundsätze des Kaufes entsprechende Anwendung finden, § 515 B.G.B., entscheiden beim Mangel einer zugesicherten Eigenschaft lediglich die allgemeinen Grundsätze über den Irrthum bezüglich wesentlicher Vertragspunkte, es muss also ein Irrthum in solchen Fällen, nach römischem Rechte Nichtigkeit, nach dem Bürgerlichem Gesetzbuche Anfechtbarkeit und eventuelle Haftung für das negative Vertragsinteresse (§ 119, 122) nach sich ziehen.

Für eine gewisse Eigenschaft hatte übrigens der römische Aedil bei Kaufgeschäften eine gesetzliche Haftung des Verkäufers eingeführt. Der Käufer braucht sich diese nicht ausdrücklich zu bedingen. Diese Eigenschaft lässt sich nur negativ definiren als Abwesenheit geheimer erheblicher Mängel, d. h. als Abwesenheit jeglicher Abweichungen einer Waare von ihrer gewöhnlichen Beschaffenheit, welche ihre Brauchbarkeit oder Verkäuflichkeit beeinträchtigen. Es kommt dabei nach römischem Rechte nicht auf individuell vom Käufer vorausgesetzte, sondern auf die im Verkehr gewöhnlich vorausgesetzte, objective Tauglichkeit an. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat diese Haftpflicht des Verkäufers ebenfalls anerkannt, aber noch erweitert dahin, dass Verkäufer auch für solche (erhebliche) Fehler haftet, die den Werth oder die Tauglichkeit zu dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauche aufheben oder mindern. Käufer hat alsdann die Wahl, ob er Minderung des Kaufpreises oder Rückgängigmachung des Kaufes beantragen will. Augenscheinlich wird hiernach beim Kaufgeschäfte auch ein nicht zum Ausdruck gebrachtes blosses Motiv beachtlich.

Zweifellos hat jedoch das römische Recht neben diesen besonderen Normen für Kauf und Tausch ganz allgemein den Irrthum über gewisse Eigenschaften einer Sache oder Person bei Rechtsgeschäften unter Lebenden für so erheblich erklärt, dass es deswegen eine Anfechtung des Rechtsgeschäftes zulässt. Da es aber nur eine Fülle von Einzelentscheidungen bietet,[1] so ergab sich für die Pandektenlehre

[1]) *L.* 9 § 2 *D. de contr. empt.* 18, 1 (Essig für Wein, Erz für Gold, Blei für Silber) *L.* 10 *eod. l.* 11 § 1 *eod.* (Sklavin statt Sklave) *l.* 14. 41

die schwierige Aufgabe, das diesen Entscheidungen zu Grunde liegende versteckte Princip aufzusuchen. Dieses nun glaubte v. Savigny aufgefunden zu haben, indem er seine Ansicht (System III, § 135 ff.) etwa dahin zusammenfasste: Ein Irrthum über die Eigenschaft bleibe ohne Einfluss, wenn er bloss auf ein Mehr oder Minder einer Eigenschaft sich beziehe (*l.* 10, S. 18, 1: *aurum quidem, deterius autem, quam emtor existimaret*), jeder, dem an einem bestimmten Grade der Qualität liege, möge sich diesen ausdrücklich bedingen. Sobald dagegen der Irrthum über Eigenschaften einen Grad erreiche, dass er dem „Versehen" (unechter Irrthum Savigny's) gleichkomme, müsse die Möglichkeit der Anfechtung gewährt werden, und dies sei stets dann der Fall, wenn vermöge der irrig vorausgesetzten Eigenschaft nach den im Verkehre herrschenden Begriffen die Sache zu einer anderen Art von Sachen gerechnet werden müsste, als wozu sie wirklich gehöre.

v. Savigny glaubte hiermit ein objektives Kriterium der Wesentlichkeit des Irrthums in Eigenschaften aufgestellt zu haben; die Praxis zögerte nicht, sich diesen Gesichtspunkt anzueignen. Allein meines Erachtens musste sich bei jedem einzelnen Falle die völlige Unzulänglichkeit dieses in die Entscheidungen der Digesten mehr hinein- als herausgelesenen Gesichtspunktes erweisen. Die sog. Anschauungen des Verkehrs sind eben im höchsten Grade unsicher und flüssig. Eine Uhr bleibt Uhr, mag nun das Gehäuse aus Gold oder nur aus einer Goldlegirung bestehen. Mit welchem Rechte will man behaupten, dass eine goldene Uhr nach den im Verkehre herrschenden Begriffen zu einer anderen Art oder Gattung von Sachen gehöre, als eine silberne? Die Eintheilung der Gegenstände in Arten und Gattungen bleibt eben immer ein rein subjectives Problem und auch die Gesichts-

§ 1 *eod. l.* 45 *eod.* (getragene statt neuer Kleider) *l.* 22 *D. de V. O.* 45, 1. *l.* 21 *D.* 2 *D.* 19, 1. *l.* 58 *D.* 18, 1: *Papinianus libro X. quaestionum: Arborum quoque vento dejectis vel absumptis igne dictum est emptionem fundi non videri esse contractam, si contemplatione illarum arborum, veluti oliveti, fundus comparabatur, sive sciente sive ignorante venditore.*

punkte des sog. Verkehrs, eines an sich im höchsten Grade nebelhaften Begriffes, sind ausserordentlich mannigfaltig.

Dass die römischen Juristen nicht lediglich von einem objectiven Standpunkte aus die Erheblichkeit des Irrthums beurtheilt wissen wollten, sondern den subjectiven Standpunkt nicht minder betonten, beweist schlagend die von mir in Note 1 S. 426 unten mitgetheilte *l.* 58 *D.* 18, 1. Die französische Praxis [1]) hat daher stets den objectiven und subjectiven Standpunkt gleichzeitig zur Beurtheilung der Erheblichkeit eines Irrthums über Eigenschaften zu vereinigen gesucht und den Schwerpunkt zunächst in subjectiver Hinsicht darauf gelegt, dass der Irrthum eine solche Eigenschaft des Vertragsgegenstandes betreffe, welche der Contrahent beim Vertragsabschlusse besonders im Auge gehabt habe (*si contemplatione illarum arborum l.* 58 *D. cit.*), wegen der nach der Ueberzeugung des Richters der Abschluss erfolgt ist, ohne die der Vertrag nicht zu Stande gekommen wäre; sodann freilich fordert sie, um nicht jeder subjectiven Laune willfahren zu müssen, daneben eine dem v. Savigny'schen Princip ähnliche objective Bedeutung des Irrthums, die sie dahin kennzeichnet, dass es sich handeln müsse um eine das Wesen der Sache bestimmende und bedingende Eigenschaft, *une qualité principale et caractéristique, qui individualise la chose*, nicht aber um eine nur zufällige, *une qualité accidentelle.* Allerdings, was eine *qualité principale et caractéristique* und nicht *accidentelle* sei, bleibt ebenso zweifelhaft wie die Frage, ob eine Eigenschaft im Verkehr als wesentlich angesehen wird.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat den auf einer Vereinigung des subjectiven und objectiven beruhenden französischen Standpunkt sich angeeignet. Die Protokolle I. S. 110 enthalten folgende Erwägung: „Die Beurtheilung der Wesentlichkeit eines Irrthums ausschliesslich nach dem subjectiven Standpunkte des Irrenden sei mit der gebotenen billigen Rücksicht auf das Interesse des dem Irrenden gegenüberstehenden Theiles nicht vereinbar. Wie bei der Regelung der Folgen

[1]) *Demolombe* Bd. 24, nr. 84. *Laurent* Bd. 15 nr. 487. *Loiré, exposé des motives* Bd. 12 S. 319.

des Irrthums überhaupt, so müsse auch bei der hier in Rede stehenden besonderen Frage ein billiger Ausgleich der sich widerstreitenden Interessen angestrebt werden. Das Recht dürfe nicht blossen subjectiven Launen des Irrenden, deren Geltendmachung zum Schaden des anderen Theiles geradezu unsittlich sei, seinen Schutz gewähren, sondern nur dem verständigen Interesse des Irrenden. Andererseits lasse sich aber auch die Wesentlichkeit des Irrthums nicht mit dem rein objectiven Maassstabe der Verkehrssitte prüfen, wie dies die erste Abtheilung des 20. deutschen Juristentags vorgeschlagen habe (vergl. Zus. d. gutachtl. Aeuss. I. S. 167, VI. S. 106). Wie es sich nicht empfehle, einem Punkte, welchen der Irrende selbst als unwesentlich ansehe, wegen einer zu einer anderen Beurtheilung führenden Verkehrssitte die Bedeutung eines wesentlichen Moments beizulegen, so empfehle es sich auch nicht, einen dem Irrenden nach seinem subjectiven Standpunkt als wesentlich erscheinenden Punkt lediglich aus Rücksicht auf die von einer anderen Auffassung ausgehende Verkehrssitte als einen unwesentlichen zu behandeln. Für manche Punkte, wie Erfüllungsort und Erfüllungszeit, würde der Maassstab der Verkehrssitte ohnehin versagen. Hier wie in allen übrigen Beziehungen seien die individuellen Verhältnisse des Erklärenden zu berücksichtigen. Diese Erwägungen führten zu der vorgeschlagenen Verbindung des subjectiven und des objectiven Maassstabs. Das Gesetz könne bei der Mannigfaltigkeit der im concreten Falle zu beachtenden Momente nicht mehr bieten, als eine allgemeine Richtschnur für den Richter."

Diese Richtschnur hat nun in § 119 B.G.B. folgende Fassung erhalten: „Als Irrthum über den Inhalt der Erklärung gilt auch der Irrthum über solche Eigenschaften der Person oder der Sache, *die im Verkehr als wesentlich angesehen werden*," und nach Abs. 1 desselben § ist die Anfechtung eines Rechtsgeschäfts wegen solchen Irrthums begründet, „*wenn anzunehmen ist, dass der Irrende* die fragliche Erklärung *bei Kenntniss der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben haben würde*."

Meines Erachtens sind die in den Protokollen mitgetheilten Motive zu dieser Richtschnur verständiger und verständlicher als das nach v. Savigny's Vorgange ungeachtet der in den Protokollen a. a. O. ganz richtig dagegen geltend gemachten Bedenken gleichwohl in § 116 B.G.B. wieder eingeführte sog. objective Moment der Verkehrsanschauung. Soll etwa der Richter zur Feststellung solcher „Verkehrsanschauung" Sachverständige befragen? Das hiesse wohl schliesslich nichts anderes, als diesen oder jenen Laien an seiner Statt mit der Entscheidung des Falles betrauen! Schliesslich ist das, was man Verkehrsanschauung zu nennen beliebt, wie der sog. Zeitgeist nach Goethe's bekanntem Wort allemal „der Herren eigener Geist".

Die Entscheidung wird nach § 119 B.G.B. wohl in der Regel sich mit demjenigen objektiven Momente beruhigen, das in Abs. 1 dieses § unter den schwerwiegenden Worten „bei verständiger Würdigung des Falles" gegeben ist. Ich fasse diese Worte in dem Sinne auf, dass dem Richter, wenn er ausnahmsweise berechtigt und verpflichtet sein soll, nicht nur den Thatbestand des Rechtsgeschäftes selber, sondern auch etwaige nicht in denselben aufgenommene Motive zu berücksichtigen, schlechterdings ein freies Ermessen in der concreten Werthschätzung dieser Motive eingeräumt werden sollte, wie dieses ihm auch unter Umständen für nicht auf Irrthum beruhende Rechtsgeschäfte, z. B. im Fall des § 138 B.G.B. bei Rechtsgeschäften gegen die guten Sitten, zusteht. Zweifellos muss die „verständige Würdigung des Falles" auch im Sinne des § 119 vor Allem eine moralische sein[1]); der Richter soll

[1]) Aus diesem Grunde glaube ich in folgendem mir mitgetheilten Falle die Anfechtbarkeit des Vertrags verneinen zu sollen. Ein Schauspieldirector in Ulm engagirt eine erste Liebhaberin und will hinterher den Vertrag anfechten, da er irrthümlich vorausgesetzt habe, sie sei noch nicht verheirathet. Soll man hier andere Schauspielunternehmer als Sachverständige entscheiden lassen, ob Ledigkeit einer Liebhaberin nach ihren „Verkehrsanschauungen" eine wesentliche Eigenschaft sei? Meines Erachtens kann das Interesse an der Ledigkeit nur darauf hinauslaufen, dass eine unverheirathete Schauspielerin, ungeachtet aller mimischen Talente, auf gewisse Theaterbesucher, die mit ihrem Besuche andere Nebenzwecke,

ein behauptetes Motiv nur dann als causal in Beziehung auf die abgegebene Erklärung gelten lassen, wenn es sittlich ist. Aber ausserdem lässt § 119 B.G.B. nur solche Motive als erheblich gelten, die „verständig“ sind. Der Irrthum gilt nur dann als erheblich, wenn anzunehmen ist, dass ohne ihn bei verständiger Würdigung des Falles die Erklärung nicht abgegeben sein würde. Diese Bestimmung trifft offenbar in individueller Würdigung denselben Gedanken, den der Hinweis auf die sog. Anschauung des Verkehrs im Abs. 2 abstract auszudrücken versucht; und dieser Gedanke deckt sich mit demjenigen der sog. Wahrscheinlichkeit oder Probabilität des Irrthums. Die Feststellung eines wesentlichen Irrthums bildet nur einen Sonderfall der Feststellung des Causalzusammenhangs überhaupt (psychologischer Causalzusammenhang). Nun hat der Richter für jede Causalverknüpfung genau ebenso wie für die damit gewöhnlich verbundene Schuldfrage vor Allem die „Regel des Lebens“ zur Richtschnur zu nehmen. Entschuldbarkeit und Beweisbarkeit des Irrthums fallen deshalb praktisch in den meisten Fällen zusammen. Da das Motiv eine interne, nur durch Indicien indirect zu erweisende Thatsache ist, so wird ein gegen die Regel des Lebens d. h. gegen die im Verkehr erforderliche Sorgfalt verstossender Irrthum auch zumeist unglaubwürdig erscheinen. Eine *praesumtio facti* spricht z. B. gegen die Causalität des Irrthums, wenn ein Studirender der Philologie, der ein indogermanisches Wurzellexikon gekauft hat, den Kauf anfechten will mit der Behauptung, er habe geglaubt, das Buch handle von Baumwurzeln, oder wenn ein Studirender der Rechte, der die Novellen Justinians gekauft hat, hinterdrein mit der Behauptung hervortritt, er habe geglaubt, das Buch enthalte „Novellen“ im Sinne der schönen Literatur. Doch ist diese *praesumtio facti* nicht unwiderlegbar. Denken wir im ersteren Fall an Stelle des Studirenden einen Revierförster, der von indogermanischen Sprachwurzeln keine

nämlich die Anknüpfung erotischer Verhältnisse verfolgen, geringere Anziehung ausübt. Solchen unsittlichen Motiven hat der Richter keine Rücksicht angedeihen zu lassen. In einer ähnlichen Erwägung dürfte auch die Unwesentlichkeit der Virginität bei Paulus *l.* 11 § 1 *D.* 18, 1 ihren Grund haben.

Ahnung hatte, im letzteren eine junge Dame, die den juristischen Sprachgebrauch nicht kennt, so sehe ich nicht ein, weshalb man nicht auch in diesen Fällen die Behauptung des Irrthums und seine psychologische Causalität glaubhaft und entschuldbar finden sollte. Dagegen würde es in diesen und allen ähnlichen Fällen gleichermaassen absurd sein, die Anfechtung unter Berufung auf das v. Savigny'sche Princip mit der Bemerkung abzuschneiden, etymologische Lexika und botanische, juristische und schöngeistige Bücher gehörten zu verschiedenen Gattungen von Verkehrsgegenständen, bezw. es handle sich nicht um Unterschiede, die im „Verkehr" als wesentlich angesehen werden.[1])

Selbstverständlich kann demnach auch der Irrthum über solche Eigenschaften für wesentlich erkannt werden, die nicht stofflicher Natur sind, sondern nur irgend welche ganz concrete Beziehungsverhältnisse zu anderen Personen oder Sachen ausdrücken, wie beispielsweise bei einem Kunstwerke die Authenticität, Autorschaft, das Alter u. s. w.[2]) Ent-

[1]) Diese theilweise Coincidenz der Wahrscheinlichkeit (Beweisbarkeit) und Entschuldbarkeit des Irrthums bestätigen vorzüglich folgende Pandektenstellen. *L.* 9 § 2 *D. h. t.* 22, 6:

Sed facti ignorantia ita demum cuique nocet, si non ei summa neglegentia obiciatur: quid enim si omnes in civitate sciant, quod ille solus ignorat? et recte Labeo definit scientiam neque curiosissimi neque neglegentissimi hominis accipiendam, verum ejus, qui cum eam rem curet, diligenter inquirendo notam habere possit.

L. 11 § 3 *D. inst. act.* 14, 3: — *Certe si quis dicat ignorasse se litteras vel non observasse quod propositum erat, non audietur. l.* 12 § 3 *D. de lib. causa* 40, 12. *l.* 25 *pr. i. f. D.* 22, 3 — *qui enim solvit, numquam tam resupinus est, ut facile suas pecunias jactet et indebitas effundat, et maxime si ipse qui indebitas dedisse dicit homo diligens est et studiosus pater familias, cujus personam incredibile est in aliquo facile errasse. l.* 42 *D. de Reg. Jur.* 50, 17: *nec enim natura probrum est, quod potest etiam in hominem idoneum incidere. l.* 11 §§ 10, 11 *D. de interrog. in jure* 11, 1: *Qui justo errore ductus negaverit se heredem venia dignus est.*

L. 1 *Cod. ad. S. C. Maced*: *Si filius familias cum in potestate patris esset, mutuam a te pecuniam accepit, cum se patrem familias diceret, ejusque adfirmationi credidisse te justa ratione edocere potes, exceptio ei denegetur.*

[2]) Vgl. R.G. XXI S. 308 XXXIV. nr. 80.

scheidend sind immer nur die Individualität des Erklärers und die besonderen Umstände des Falles. Der wichtigste Gesichtspunkt bei Würdigung des Irrthums ist der ökonomische oder sociale Zweck des Geschäftes. Bei Ertheilung eines Auftrags,[1]) bei einem Kaufgeschäfte, bei Gewährung eines Darlehns wird z. B. ein Irrthum über die Religion des Mandatars, Käufers oder Darlehnsempfängers in der Regel als unwesentlich gelten müssen, anders bei Eingehung einer Ehe. Nach § 1333 B.G.B. kann auch eine Ehe von dem Ehegatten angefochten werden, der sich über solche persönliche Eigenschaften des anderen Ehegatten geirrt hat, die ihn bei Kenntniss der Sachlage und verständiger Würdigung des Wesens der Ehe von der Eingehung der Ehe abgehalten haben würde; da nun bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe die Religionsgemeinschaft ein wichtiges Moment zur Erreichung des in der Ehe erstrebten sittlichen Lebensgemeinschaft bildet, zählt für die Ehe Religion zu den wesentlichen Eigenschaften, nicht aber beispielsweise die musikalische Anlage.

Ob eine alte eichene Truhe aus dem 15. oder 17. Jahrhundert stammt, ist bei übrigens gleicher Güte der Holzqualität gewiss kein Unterschied, der im gewöhnlichen Handelsverkehr, z. B. bei einer Versteigerung auf einem Dorfe, von der vorherrschenden Anschauung des Publikums, also des Verkehrs, für wesentlich angesehen wird. Dennoch wird er für den Antiquitätenhändler, der eigens im Lande umherreist, um Truhen aus dem 15. Jahrhundert zu sammeln, vielleicht sehr wesentlich sein. Der Richter hat es aber, wenn er nach Abs. 2 des § 119 verfahren will, in der Hand, über die Anschauungen des Verkehrs das sachverständige Urtheil anderer Antiquitätenhändler, welche die Wesentlichkeit des Irrthums jedenfalls bejahen werden, oder aber dasjenige ländlicher Auctionatoren, die es vermuthlich verneinen werden, heranzuziehen, wenn er sich nicht seine eigene Meinung über den Verkehrswerth dieses Unterschiedes schon gebildet

[1]) Hier ist die Vertrauenswürdigkeit unter Umständen erheblich (Anstellung eines Prokuristen) R.G. XII S. 102.

hat und diese zur Verkehrsanschauung stempeln mag. Ich halte daher den Abs. 2 des § 116 für einen practisch unverwendbaren Gesichtspunkt und glaube, dass schliesslich in allen Fällen der durch abstracte Regeln nicht zu leitende individuelle Tact in der Feststellung des psychologischen Causalzusammenhangs den Ausschlag geben muss. Ist der fragliche Irrthum ausschliesslich bestimmend gewesen *(error causam dans)*, so ist die Anfechtung zuzulassen, ist er zwar vorhanden gewesen, aber nicht ausschlaggebend *(error incidens)*, so ist die Anfechtung unbegründet. Oder soll ein Antiquitätenkäufer, der nachweisbar eine alte Waffe für ein Museum lediglich wegen ihrer historischen Beziehungen, etwa weil sie im Besitz eines berühmten Feldherrn gewesen, kaufte, den Kauf anfechten dürfen, wenn sich hinterher herausstellt, er habe nebenbei den nur vergoldeten Griff für massiv golden gehalten? Ich glaube, nicht, da das massgebende Motiv für den Ankauf nicht dieser Umstand war, *quia „non contemplatione" hujus qualitatis emit, l.* 58 *D.* 18, 1 *cit.* (Note 1 S. 426, 427 oben).

In einem weiteren Sinne als in demjenigen der Probabilität, d. h. der Unglaubwürdigkeit eines *resupinus error* hat das römische Recht die Entschuldbarkeit des Irrthums im wesentlichen Motive nicht gefordert, auch bei der *condictio indebiti* nicht, wie fälschlich z. B. Dernburg (Pand. II, S. 141) behauptet.[1]) Mit Recht nimmt daher auch das Bürgerliche Gesetzbuch von diesem Erfordernisse Abstand, auch bei der Rückforderung einer irrthümlich gezahlten Nichtschuld (§ 814: „Der zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit Geleistete kann (nur dann) nicht zurückgefordert werden, wenn der Leistende gewusst hat, dass er zu der Leistung nicht verpflichtet war, oder wenn die Leistung einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprach)." — Für den etwaigen Schaden (das negative Vertragsinteresse des anderen Theils) hat der Irrende nach § 122 B.G.B. auch ohne jedes Verschulden einzustehen.

[1]) Die von ihm angezogenen Stellen (insbesondere *l.* 25 *pr. D.* 22, 3, siehe oben Note 7) beweisen das Gegentheil. Vgl. auch Adler in Iherings Jahrb. XXXIII, S. 197.

§ 19.

Dolus im engeren Sinne (Verkehrsdolus). (Arglistige Täuschung.)

I. Eine besondere Behandlung fordert derjenige Irrthum in Motiven, der durch ein vom Rechte gemissbilligtes unsittliches Verhalten dritter Personen, insbesondere des Gegencontrahenten bei Verträgen, veranlasst ist. Ist nämlich der Irrthum auf solche Weise veranlasst, so ist es in erster Linie nicht der blosse Irrthum, sondern eben diese unsittliche Veranlassung desselben, derentwegen die Rechtsordnung dem dadurch Geschädigten ihre Hülfe gewährt, und letztere ist daher keineswegs in dem Grade beschränkt, wie beim einfachen Irrthum; vielmehr finden die Motive in diesem Falle eine grössere Berücksichtigung und wird auch, wie wir nachweisen werden, insbesondere die psychologische Causalität des Irrthums nicht den strengeren Anforderungen unterworfen, die zum Beweise einer auf blossen Irrthum schlechthin sich gründenden Anfechtungsklage sowohl nach römischem Rechte, wie nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche in dem Begriffe der „Probabilität" des Irrthums gestellt werden.[1])

Wir bezeichnen ein auf Irrthumserregung gerichtetes unsittliches Verhalten technisch-juristisch als *dolus* und zwar als *dolus* im engeren Sinne; das Bürgerliche Gesetzbuch hat dafür, nachdem der Entwurf I. *dolus* einfach als „Betrug" übersetzen wollte, den Ausdruck „arglistige Täuschung" eingeführt (§ 123)[2]), welcher Ausdruck übrigens, wie sich zeigen wird, keineswegs bloss in dem prägnanten Sinne des gewöhnlichen Lebens und des Strafrechts zu nehmen ist, sondern jedes die *bona fides* des Verkehrs verletzende, gegen „Treu und Glauben" verstossende Verhalten umfassen soll.

Bei den Römern bezeichnete ursprünglich das Wort *dolus* an sich keineswegs ein unsittliches Verhalten, sie stellten vielmehr dem *dolus malus* einen *dolus bonus* zur Seite. *Dolus*

[1]) Vgl. Protokoll I. S. 119.

[2]) Strafrechtlich ist „Arglist" Vorsatz mit Hinterlist (§ 177 des R.St.G.B.).

schlechthin war lediglich Egoismus, *dolus bonus* ein vom Rechte nicht gemissbilligter, erlaubter Egoismus. Diesem steht der *dolus malus*, in älterer Zeit vorwiegend auch *fraus* (Betrug) genannt, als unerlaubte Bethätigung des Egoismus, als eigentliche Selbstsucht gegenüber. Auch dieser *dolus malus*, der späterhin und heutzutage schlechtweg als *dolus* bezeichnet wird, kam schon bei den Römern in dreifach verschiedener Bedeutung vor: 1. als Delictsdolus d. h. zur Kennzeichnung des bewussten delictischen Willens, der im heutigen Strafrecht als Vorsatz im Gegensatze zur bloss fahrlässigen delictischen Willenshaltung bezeichnet wird. (*Si sciens dolo malo fecerit.*);

2. als Processdolus zur Bezeichnung jeglicher processualer Chikane d. h. jeder Ausbeutung des stricten oder formellen Rechtes auf Kosten der materiellen Gerechtigkeit und Billigkeit (*aequitas*). Dieser Processdolus bildet den Inhalt der sog. *exceptio doli generalis* (*nisi quid dolo malo fiat*);

3. als Verkehrsdolus: dieser *dolus*, der im Gegensatze zur *exceptio doli generalis* den Inhalt der *exceptio doli specialis* bildete (*nisi quid dolo malo factum sit*), umfasste jegliche unsittliche, vom Rechte gemissbilligte Einwirkung auf die Motive, insbesondere bei einem Vertragsabschlusse. Er fordert daher seine Erörterung an dieser Stelle des allgemeinen Theils.

Schon jetzt wird erhellen, dass der Verkehrsdolus oder civilrechtliche *dolus* keineswegs mit dem engeren Begriffe des strafrechtlichen Betruges (*stellionatus*) [1]), zumal wie er in unserem deutschen Strafgesetzbuche seine ungeschickte, wissenschaftlich sehr zu beanstandende Fassung erhalten hat, zusammenfällt. Pandektenrechtlich ist *dolus* im engeren Sinne (Verkehrs- oder Vertragsdolus) jede Erzeugung oder wissentliche Benutzung falscher Vorstellungen des Gegencontrahenten, um ihn zur Eingehung des Vertrages zu veranlassen. *Dolus* ist also nicht bloss die positive Lüge, sondern Unehrlichkeit im weiteren Sinne, der Gegensatz der Ehrlichkeit (*honor*, *honestas*) oder der *bona fides* des Verkehrs [2]), wie

[1]) *Dig.* 47, 20: *quod in privatis judiciis est de dolo actio, hoc in criminibus stellionatus persecutio.*

[2]) *L.* 68 *pr. D.* 18, 1: *Existimo te in exigendo non solum bonam*

culpa im engeren Sinne oder civilrechtliche Fahrlässigkeit den Gegensatz der *diligentia* bildet. Hieraus ergiebt sich, dass auch ein rein passives Verhalten, das blosse Wissen und Benutzen fremden Irrthums unter Umständen sich als *dolus* qualificiren kann.[1]) Wie nun die *diligentia*, die in jedem besonderen Verhältnisse, bei den verschiedenen Contracten eine verschiedene ist, den Maassstab bildet für die *culpa* im engeren Sinne, so ist auch die *bona fides*, die im Verkehr erforderlich ist, und dem entsprechend der nach diesem Maassstabe festzustellende *dolus* verschieden zu bestimmen je nach den in Frage kommenden Rechtsverhältnissen. Die *bona fides* des Verkehrs, als deren wissentliche Verletzung sich der Verkehrsdolus allgemein wohl am zutreffendsten definiren lässt, wird bestimmt durch das treibende Motiv der fraglichen Gattung von Rechtsgeschäften, vgl. die Psychologie des Rechtsverkehrs bei v. Ihering, Der Zweck im Recht Bd. I S. 96 ff. Im ausser-contractlichen Verkehr ist Niemand dem Nächsten zu positivem Thun verpflichtet (d. h. nach den Geboten der Rechtsordnung, während die reine Sittlichkeit unter Umständen grössere Anforderungen stellt).[2]) Daher fordert allerdings ausser-contractlicher *dolus* in der Regel positive bewusste Täuschung. Wer

fidem, sed etiam diligentiam praestare debere, id est non solum ut dolus malus absit, sed etiam culpa.

[1]) Die römische Jurisprudenz hat diesen Fortschritt im *dolus*-Begriffe von der positiven Lüge zur Unehrlichkeit sehr früh gemacht, schon Labeo berichtigte den Servius Sulpicius *l.* 1 § 2 *D. de dolo malo* 4, 3: *Ulpianus libro* 11. *ad edictum. Dolum malum Servius quidem ita definiit machinationem quandam alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur et aliud agitur* (sog. (positive) Vorspiegelung falscher „Thatsachen"). *Labeo autem posse et sine simulatione id agi, ut quis circumveniatur* (Unterdrückung wahrer Thatsachen): *posse et sine dolo malo aliud agi, aliud simulari itaque sic definiit dolum malum esse omnem calliditatem, fallaciam, machinationem ad circumveniendum, fallendum decipiendum alterum adhibitam. Labeonis definitio vera est.*

Vgl. *l.* 11 § 5 *D.* 19, 1: *si quis virginem emere et sciens venditor errare eum passus est. L.* 43 § 2 *D.* 18, 1: *Dolum malum a se abesse praestare debet venditor, qui non tantum in eo est, qui fallendi causa obscure loquitur, sed etiam qui insidiose obscure dissimulat.*

[2]) Ausserconttractlich reicht daher nicht einmal die Absicht, Schaden zuzufügen, sofern nicht objectiv rechtswidrige Mittel benutzt

mir absichtlich einen falschen Weg zeigt, handelt dolos, nicht aber, wer aus Unhöflichkeit oder Mangel an Nächstenliebe es ablehnt, mir den richtigen Weg zu zeigen. Auch in contractlichen Verhältnissen sind je nach der Natur des Contractes, insbesondere je nachdem der Contract ein beiderseits egoistisches Interesse oder aber ein einerseits altruistisches Interesse voraussetzt, die Forderungen der Ehrlichkeit und demgemäss die Abgrenzungen des *dolus* durchaus verschieden. Beim Mandat, bei der Societät, der *negotiorum gestio* bestimmt sich der Vertragsdolus anders als beim Kauf, Miethe, Tausch u. s. w. Dieselbe Handlung, die beim Kauf keinen *dolus* involvirt, würde es allerdings beim Mandat thun; denn ersterer ist ein beiderseits lucrativer Vertrag, letzterer ein Vertrauensverhältniss. Beim Kauf ist z. B. eine gegenseitige Uebervortheilung im Preise durch blosse (rhetorische) Anpreisung, jedoch ohne positive falsche Versicherung bestimmter Thatsachen gestattet [1]), bei dem Mandat würde aber ein auf Uebervortheilung zielendes Verhalten auch ohne positive Lügen schon als Vertrauensbruch, als *dolus* zu kennzeichnen sein. Es ist ein besonderes Verdienst v. Iherings (in seinem Gutachten über den Lucca-Pistoja-Actienstreit, Vermischte Schriften S. 241 ff.), gegen die früher übliche schablonenhafte Auffassung des *dolus* Front gemacht zu haben. [2])

werden, aus, um den *dolus* festzustellen. Vgl. die für den Unterschied erlaubter Concurrenz (*dolus bonus*) von unlauterer Concurrenz wichtige Entsch. des Reichsgerichts bei Bolze, Bd. XVIII nr. 184 (III. 7. 94): „Es ist vollständig erlaubt, die eigene, wenn auch für einen Anderen nachtheilige Meinung zur Geltung bringen zu wollen und aus der beabsichtigten Herbeiführung einer richtigen Beurtheilung eines fremden Unternehmens einen Vortheil zu erstreben.“

Umgekehrt ist die Absicht, Schaden zuzufügen (*animus nocendi*), in contractlichen Verhältnissen nicht Erforderniss des *dolus*, es genügt, dass man auf unehrliche Weise die *bona fides* des fraglichen Vertragsverhältnisses verletzt um seines eigenen Vortheils willen.

[1]) Lediglich dies ist der Sinn der vielmissbrauchten *l.* 16 § 4 *D. de minor.* 4, 4: *Pomponius ait in pretio emptionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire.*

[2]) „Der *dolus*“, sagt v. Ihering a. a. O. S. 263, „d. i. die wissentliche und absichtliche Verletzung fremder Rechte bestimmt sich ganz nach dem Umfang der fremden Rechte, und dies gilt auch für die durch ein Contractverhältniss begründeten Rechte der Parteien. Je nach dem Mass

Deutlich wird diese römisch-rechtliche Auffassung des *dolus* illustrirt durch die Verschiedenheit der Rechtsbehelfe, die das römische Recht zur Geltendmachung des *dolus* gewährte. Bei den sog. *stricti juris*-Contracten, z. B. bei der Stipulation konnte der Geschädigte immer nur die subsidiäre *actio de dolo* (eine Delictsklage) anstellen.[1]) Anders bei den *bonae fidei*-Contracten: hier wird aus dem *dolus* die Contractsklage gegeben, womit ausgedrückt ist, dass der *dolus* einen Widerspruch, einen Verstoss gegen das Grundprincip dieser Verträge enthält, eine Negation der *bona fides*. Die Contractsklage geht auf das Interesse und dieses kann je nach der Wahl des Klägers sowohl in der Aufhebung des ganzen Vertrages bestehen[2]), als auch in Schadensersatz.[3]) [4])

der gegenseitigen Ansprüche und Verpflichtungen bei den verschiedenen Contracten kann eine und dieselbe Handlung bei dem einen als *dolus* zu betrachten sein, bei dem andern nicht. — Bei gewissen Verträgen, wie z. B. Kauf und Miethe, liegt für beide Theile das Motiv ihrer Eingehung im eigenen Interesse, und hier ist jeder Theil berechtigt, sich lediglich durch sein Interesse leiten zu lassen, auch wenn er weiss, dass der Vertrag dem Interesse des Gegners nachtheilig ist; jeder sorgt für sich selber und darf dasselbe bei dem Gegner voraussetzen. Die blosse Thatsache der wissentlichen Uebervortheilung als solche d. h. wenn sie nicht durch absichtliche Erregung oder Benutzung des fremden Irrthums erzielt ist, begründet daher in diesen Verhältnissen keinen *dolus*. *l.* 16 § 4 *D.* 4, 4. *l.* 22 § 3 *D.* 19, 2. *l.* 37 *D. de dolo* 4, 3. *l.* 19 *pr. D. de aed. ed.* 21, 1. *l.* 43 *D. de contr. empt.* 18, 1. Ganz anders bei denjenigen Vertrags- oder Obligationsverhältnissen, welche wie das Mandat, die Vormundschaft und die *negotiorum gestio* die Führung fremder Geschäfte zum Gegenstand haben. Bei ihnen liegt das Motiv zur Eingehung des Verhältnisses in dem Interesse des Geschäftsherrn, und dies Interesse bildet für den Geschäftsherrn den massgebenden Gesichtspunkt, durch den er sich bei seiner ganzen Thätigkeit leiten lassen soll.“

[1]) *L.* 7 § 3 *D. de dolo* 4, 3. Nur wenn ihnen eine besondere *clausula de dolo* beigefügt war, konnte man *ex stipulatu* klagen: „*sed est verius, si quidem de dolo cautum est, cessare actionem de dolo, quoniam est ex stipulatu actio: si non est cautum, in ex empto quidem actione cessat de dolo actio, quoniam est ex empto, in ex stipulatu de dolo actio necessaria est.*

L. 4 § 16 *D.* 44, 4: *in stipulatione plane doli clausula non erit detrahenda, quia ex doli clausula non de dolo actio intenditur, sed ex stipulatu.*

[2]) *L.* 11 § 5 *D.* 19, 1: *Si quis virginem se emere putasset, cum mulier*

Aus dieser Wahlmöglichkeit ist die falsche, unter Anderem auch in das Preussische Landrecht (§§ 85—87 I, 4) eingedrungene Theorie vom *dolus causam dans* und *incidens* entsprungen, mit der wir uns hier auseinandersetzen müssen. Diese Theorie wollte nämlich den Anspruch auf Aufhebung des Contractes (Rescissionsklage) nur dann gewähren, wenn durch den *dolus* der Abschluss des Vertrages überhaupt hervorgerufen sei, der dolos erzeugte oder benutzte Irrthum müsse der bestimmende Grund für den Vertragsabschluss gewesen (*causam dans*). Handle es sich dagegen nur um die dolose Erzeugung oder Benutzung eines begleitenden Irrthums, der sich auf Nebenpunkte, Modalitäten beziehe (*dolus incidens*), bei deren Kenntniss gleichwohl der Geschädigte abgeschlossen haben würde, wenn auch unter anderen Bedingungen, beim Kauf etwa zu einem geringeren Preise, so wollte sie lediglich die sog. Differenzklage gewähren d. h. den Anspruch auf Ersatz des Schadens, beim Kauf auf Preisminderung beschränken.

Die Unhaltbarkeit dieser Theorie ist am gründlichsten von v. Ihering (Vermischte Schriften S. 319—331) dargelegt worden. Gerade im Gegensatze zu der Anfechtung wegen blossen Irrthums hat derjenige Kläger, der seine Anfechtung auf *dolus* gründet, es nicht nöthig, die psychologische Causalität des dolos erzeugten bezw. benutzten Irrthums darzuthun. Beim wesentlichen Irrthum (im Motiv) als Anfechtungsgrund hat, wie wir (S. 433) gesehen haben, die Unterscheidung zwischen *error causam dans* und *incidens* ihre volle Berechtigung und gerade hier ist sie merkwürdiger Weise bislang fast völlig übersehen worden: wir haben (S. 433) nachgewiesen, dass wesentlicher

venisset, et sciens errare eum venditor passus est, redhibitionem quidem ex hac causa non esse, verum tamen ex empto competere actionem ad resolvendam emptionem, et pretio restituto mulier reddatur.

[3]) *L.* 13 § 4 *D.* 19, 1: *Si venditor dolo fecerit, ut rem pluris venderet, puta de arteficio mentitus est aut de peculio, empti eum judicio teneri, ut praestaret emptori, quanti pluris servum emisset, si ita peculiatus esset vel eo artificio instructus.*

[4]) Ausserdem gewährte das römische Rechte gegen jede dolose Schädigung das ausserordentliche Billigkeits-Rechtsmittel der *restitutio in integrum* (Wiederherstellung in den vorigen Stand).

Irrthum im Motive eben nur der Irrthum in einem bestimmenden Motive ist d. h. in einem solchen, bei dessen Abwesenheit der Vertrag nicht zu Stande gekommen sein würde, und dass lediglich die Schwierigkeit des Beweises einerseits und die Rücksicht auf die *bona fides* des Verkehrs bzw. auf das Schuldmoment andrerseits diese rein subjective Würdigung des Irrthums noch durch das „verständige" Ermessen zu modificiren fordert (Probabilität des Irrthums).

Sobald aber ein Irrthum auf *dolus* des Vertragsgegners zurückgeführt werden kann, giebt lediglich der *dolus* selber den Anfechtungsgrund bzw. Klaggrund, und Kläger hat nicht noch ausserdem den psychologischen Causalnexus zwischen diesem *dolus* und seinem Entschluss, d. h. die besondere Wesentlichkeit oder Erheblichkeit des *dolus* im Spiel seiner Motive nachzuweisen. Einem dolosen Vertragsgegner gegenüber würde die Anforderung dieses äusserst schwierigen, weil einen subjectiven Thatbestand betreffenden und nur indirect durch Indizien zu führenden, oft geradezu unmöglichen Beweises unbillig erscheinen. Der *dolus* hat nicht denselben Anspruch auf schonende Behandlung, wie die dem blossen Irrthum des Vertragsgegners gegenüberstehende *bona fides*. Es ist daher, wie die unten[1]) angeführten Ansprüche römischer Juristen beweisen, zur Begründung sowohl der *actio de dolo* wie der Contractsklage aus *dolus*, gehe letztere nun auf Aufhebung oder auf blossen Schadensersatz, überall, wo der Irrthum, der dolos erzeugt oder benutzt wurde, Verhältnisse, Thatsachen, Eigen-

[1]) *L.* 39 *pr. D.* 19, 1: — *ne alioquin emptor capiatur, qui fortasse, si hoc cognovisset, vel empturus non esset vel minoris empturus esset, si certioratus de loco certo fuisset.* — *l.* 4 § 4 *D.* 21, 1: — *si sciens id vitium reticuit.* — *l.* 8 *D.* 4, 3: *Quod si scires eum facultatibus labi, tui lucri gratia adfirmasti mihi idoneum esse, merito adversus te, cum mei decipiendi gratia alium falso laudasti, de dolo judicium dandum est. l.* 9 § 1 *eod. Si autem mihi persuaseris, ut repudiem hereditatem, quasi minus solvendo sit, vel ut optem servum, quasi melior eo in familia non sit, dico de dolo dandam, si calliditate hoc feceris.* —

Man beachte den Grundsatz: *lege non distinguente nec nostrum est distinguere.*

schaften betrifft, welche regelmässig von Interesse sind[1]), nicht erforderlich, dass der Kläger noch besonders den Werth, den dieselben für ihn haben, oder gar den bestimmenden Einfluss anführe und beweise, den die irrige Annahme desselben auf seinen Entschluss ausgeübt hat. Auch dem Verklagten ist der Einwand, dass der Kläger auch ohne die doloser Weise in ihm erregte irrige Vorstellung so gehandelt haben würde, nicht zu verstatten. Es genügt also der Nachweis des *dolus* an sich und Sache des Richters ist es, die mögliche Relevanz des dadurch erregten Irrthums für einen derartigen Vertrag im Allgemeinen zu beurtheilen.[2]) Der *dolus* lässt sich entweder direct nachweisen, z. B. durch Aeusserungen des Betrügers gegen dritte Personen, in denen er seine *mala fides* offenbart hat, oder nur indirect, aus den Umständen, durch Indicien.[3])

Mit der hier verneinten Frage des Nachweises eines subjectiven (psychologischen) Causalnexus ist aber nicht zu verwechseln die in jeder Interessenklage auftauchende Frage des objectiven Causalzusammenhangs bezüglich der Tragweite des Interesses.[4])

Als Einreden gegen die auf *dolus* gestützten Klagen sind zulässig:

1. Wissen des Klägers von der vorgespiegelten bezw. verschwiegenen Thatsache. *Nemo videtur fraudare eos, qui sciunt et consentiunt* (*l.* 145 *D. de R. J.* 50, 17). Dem Wissen steht aber das Wissenmüssen *(culpa lata)* in diesem Gebiete

[1]) Die scheinbar für die andere Ansicht sprechende *l.* 35 § 8 *D.* 18, 1: *si quis in vendendo praedio confinem celaverit, quem emptor si audisset, empturus non esset*, erklärt sich genügend dadurch, dass es sich hier um einen lediglich für diesen Käufer relevanten, ganz besonderen Umstand handelt.

[2]) Vgl. R.G. XXIII. nr. 25: „dass die verschwiegene Thatsache für den Entschluss eines verständigen Menschen von erheblicher Bedeutung sei".

[3]) Vgl. *L.* 6 *Cod.* 2, 21. *l.* 8 § 8. *l.* 20 *pr. mandat.* 17, 1. *l.* 9 § 4 *D.* 10, 4. *l.* 13 § 1. *l.* 7 *pr. de adm. tutel.* 26, 7. *l.* 10 *D. qui et a quibus* 40, 9. *l.* 17 § 1 *quae in fraudem* 42, 8. *l.* 8 § 7 *D. quibus modis* 20, 6.

[4]) Vgl. R.G. X nr. 20 S. 780.

nicht gleich, der *dolus* des Verklagten überwiegt die *culpa* des Klägers. [1])

2. Compensation des *dolus*: Bei beiderseitigem *dolus* wird derjenige, der sich veranlasst sieht, aus dem Geschäfte zu klagen, abgewiesen. [2])

Diese beiden Einreden sind aber nicht etwa auf einen gemeinsamen legislativen Grund zurückzuführen, nämlich nicht auf den des unterbrochenen psychologischen Causalzusammenhangs, wie man vielfach geglaubt hat, vielmehr beruht die erstere auf dem Gesichtspunkte des Putativdelicts, es ermangelt die objective Seite des *dolus*, die thatsächliche Täuschung oder Irrthumsbenutzung; die letztere dagegen entspringt lediglich der allgemeinen, auch bei der *condictio ob turpem causam* [3]) zur Anwendung kommenden moralischen Erwägung, dass bei gleicher Schlechtigkeit im Einzelfalle beide Parteien ohne Unterschied ihren Anspruch auf Schutz ihrer Privatinteressen verwirkt haben, *in pari turpitudine conditio possidentis melior est.* Als gegen die guten Sitten verstossend ist der Verzicht auf die Einrede des *dolus*, bevor ein bestimmter concreter Anspruch aus dem *dolus* erwachsen ist, ungültig, [4]) Parteien können sich nicht einen Freibrief auf

[1]) *L.* 1 § 2 *D. per quem* 2, 10: *Dolum autem malum sic accipimus, ut si quis venienti ad judicium aliquid pronuntiaverit triste, propter quod necesse habuerit ad judicium non venire, teneatur ex hoc edicto: quamvis quidam putent sibi eum imputare, quia credulus fuerit. l.* 23 *D. de dolo* 4, 3.

Stellen, die, wie *l.* 43 § 1 *D.* 18, 1. *l.* 14 § 1 *D.* 21, 1 ein Wissenmüssen dem Wissen gleich setzen, beziehen sich nicht auf den Fall des *dolus*, sondern auf blossen Irrthum, z. B. bei den ädilitischen Klagen.

[2]) *L.* 36 *D. de dolo* 4, 3: *Si duo dolo malo fecerint, invicem de dolo non agent.*

L. 154 *D. de R. J.* 50, 17: *Cum par est delictum duorum, semper oneratur petitor et melior habetur possessoris causa, sicut fit, cum de dolo excipitur petitoris; neque enim datur talis replicatio petitori: aut si rei quoque in ea re dolo actum sit.* (Gegen eine *exceptio doli* wird keine *replicatio doli* gegeben.)

L. 3 § 4 *D. de eo per quem* II. 10. *l.* 5 *pr. D.* 12, 7. *l,* 57 § 3 *D.* 18, 1.

[3]) *L.* 3 *D. h. t.* 12, 5. Vgl. übrigens v. Ihering, dogmat. Jahrb. V S. 56ff.

[4]) *L.* 6 § 2 *D. de act. empt.* 19, 1.

gegenseitige Hintergehung ausstellen; bindend ist jedoch der hinterher, nachdem die dolose Schädigung vollendet, geschehene Verzicht auf den bestimmten Anspruch.[1])

Das Bürgerliche Gesetzbuch setzt ausweislich der Motive den hier entwickelten pandektenrechtlichen Begriff des Verkehrsdolus voraus, wenn es in § 123 bestimmt: „Wer zur Abgabe einer Willenserklärung durch arglistige Täuschung — bestimmt worden ist, kann die Erklärung anfechten." Die Motive I S. 208 bemerken: „Im Allgemeinen stellt sich jeder arglistige Verstoss gegen die Grundsätze von Treu und Glauben zum Nachtheile des Anderen als Betrug dar. Der strafrechtliche Begriff (St.G.B. § 263) ist nicht massgebend." Daraus, dass der § 123 B.G.B. lautet: „Wer zur Abgabe einer Willenserklärung durch arglistige Täuschung bestimmt ist," darf nun meines Erachtens nicht gefolgert werden, dass die im Vorstehenden abgelehnte Unterscheidung vom *dolus causam dans* und *incidens* vom Bürgerlichen Gesetzbuche hat gebilligt werden sollen; im Gegentheil übergeht das Bürgerliche Gesetzbuch diese Unterscheidung. Die psychologische Motivationskraft des dolosen Verhaltens braucht nur im Allgemeinen dadurch begründet zu werden, dass die fälschlich vorgespiegelte oder verschwiegene Thatsache für den Entschluss eines verständigen Menschen von erheblicher Bedeutung[2]) sein konnte. Es ist nicht anzunehmen, dass das Bürgerliche Gesetzbuch die Sicherheit und Brauchbarkeit der Klage aus § 123 dadurch hat gefährden wollen, dass es dem Kläger den mit Sicherheit nie zu führenden Beweis einer internen rein psychologischen Thatsache aufgebürdet hätte, den es selbst beim blossen Irrthum erlässt, sofern ja auch § 119, wie wir oben (S. 429 ff.) sahen, auf die (objectiv) verständige Würdigung des Falles verweist. Nur bei Umständen, die bloss ausnahmsweise unter den Parteien eine besondere Bedeutung erlangt haben, wird die Geltendmachung

[1]) Auch der Ausschluss der Haftung für *dolus* und *culpa lata* dritter Personen (z. B. etwaiger Stellvertreter) ist nicht unter allen Umständen ein unsittliches *pactum*. R.G. XX nr. 25.

[2]) Vgl. R.G. XXIII. Nr. 25.

dieser Bedeutung zur Substantiirung des *dolus* nöthig werden, die Forderung des Nachweises eines psychologischen Causalnexus würde auch in solchen Fällen zu weit gehen.

Nach römischem Rechte ist der Anspruch des *dolos* Geschädigten zweifellos ein rein persönlicher, die *actio doli* ist nicht, wie die *actio quod metus causa in rem scripta*, d. h. sie geht nicht gegen den dritten Besitzer, der etwa die dem Betrogenen abhanden gekommene Sache vom Betrüger erlangt hat,[1]) sondern nur gegen den Betrüger und dessen Erben. An dieser persönlichen (relativen) Natur des Anspruchs aus dem *dolus* hält im Princip auch das Bürgerliche Gesetzbuch fest, aber es bietet eine erhebliche Erweiterung des Schutzes gegen *dolus* dadurch, dass es die Anfechtung einer Willenserklärung, die gegenüber einer Person abgegeben werden musste und abgegeben worden ist (empfangsbedürftige Willenserklärung, vergl. oben S. 318), auch dann gestattet, wenn die dolose Beeinflussung des Erklärers von einem Dritten ausging und der Empfänger der Erklärung bei der Beeinflussung nicht betheiligt war, sofern er nur „die Täuschung kannte oder kennen musste". Der Erklärungsempfänger ist in diesem Falle gewissermassen Betrugshehler; im Gegensatz zum strafrechtlichen Begriffe der Hehlerei haftet er aber nicht nur als wissentlicher Theilnehmer des durch den Dritten verübten *dolus* (als *conscius fraudis*), sondern auch bei bloss fahrlässiger Unkenntniss der dolosen Handlungsweise eines Dritten, und zwar ist hier zu beachten, dass nicht bloss *lata culpa*, sondern jegliche Fahrlässigkeit in dieser Richtung dem *dolus* gleichgestellt ist; denn „Kennen müssen" bedeutet nach § 122 B.G.B. das Nichtkennen in Folge von Fahrlässigkeit schlechthin.

Endlich ist auch nach § 123, Abs. 2, S. 2, „soweit ein

[1]) *L.* 10 *Cod.* 4, 44: *Dolus emptoris qualitate facti, non quantitate pretii aestimatur. Quem si fuerit intercessisse probatum, non adversus eum, in quem emptorem dominium transtulit reivindicatio venditori, sed contra eum, cum quo contraxit, in integrum restitutio competit.* Dem Cessionar einer durch *dolus* erworbenen Forderung steht natürlich die Einrede des *dolus*, wie jede andere aus der Person des Cedenten entgegen. *L.* 4 § 7. 31 *D. de doli mali exc.* 44, 4.

Anderer als derjenige, welchem gegenüber die Erklärung abzugeben war, aus der Erklärung unmittelbar ein Recht erworben hat, die Erklärung ihm gegenüber anfechtbar, wenn er die Täuschung kannte oder kennen musste“. Die Anfechtung erstreckt sich also auf alle, sei es als Empfänger der Erklärung oder des Rechts, Betheiligten.

Die Anfechtung erfolgt durch (einfache) Erklärung gegenüber dem Anfechtungsgegner, d. h. bei einem Vertrage gegenüber dem anderen Contrahenten, bei einem einseitigen empfangsbedürftigen Rechtsgeschäfte gegenüber dem Erklärungsempfänger, und falls dieser nicht direct oder indirect, als Theilnehmer des *dolus* im eben gekennzeichneten Sinne gelten kann, gegenüber Jedem, der auf Grund des Rechtsgeschäfts unmittelbar einen rechtlichen Vortheil erlangt hat (§ 143). Man hat mit dieser Anfechtung durch blosse Erklärung, die ja auch beim Irrthum und, wie wir später sehen werden, beim Zwange zugelassen ist, geglaubt, für den Anfechtungsberechtigten eine Erleichterung zu schaffen, wie die Motive I S. 220 ff. ergeben: „Die Anfechtung lediglich im Wege der Klagerhebung zuzulassen, würde zwar den Vortheil gewähren, dass das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein der Voraussetzungen für die Wirksamkeit einer erfolgten Anfechtung alsbald festgestellt und einer möglicher Weise längeren Dauer der Ungewissheit vorgebeugt würde. Die Ausübung der Anfechtung würde indessen damit ohne Grund erschwert.“ Aber schon die Betrachtung der dadurch in das Gesetzbuch hineingebrachten umständlichen Begrenzung dieser sog. Anfechtungsbefugniss (die Motive legen Werth darauf, dass sie nicht als Anfechtungsanspruch (!) gelten dürfe) mit ihrer besonderen doppelt begrenzten Ausschlussfrist, noch mehr wohl die demnächstige Praxis dürfte ergeben, dass man damit eine ganz unnütze, zur Complication der Rechtsverhältnisse führende Neuerung eingeführt hat. Wenn der Gegner die Erklärung nicht beachtet, so bleibt doch nur der Klagweg bezw. die eventuelle Einrede ausschlaggebend. Beachtet er sie, so liegt eben eine auch früher mögliche gütliche Vereinbarung vor; jetzt wird gerade durch die Anfechtungserklärung der doch durch diese

nicht im Mindesten gehobene Zustand der Ungewissheit unnöthiger Weise markirt und in einer für den interessirten Theil, besonders den Geschädigten ungünstigen Weise „formalisirt“ und mit Ausschlussfristen, d. h. mit möglichst zu vermeidenden singulären Bedingungen eingeschnürt. Die Anfechtungserklärung wird, ungeachtet sie glücklicher Weise, wie wir gleich sehen werden, in der Regel nicht unumgänglich nöthig ist, lediglich zu Weitläufigkeiten und besonderen Erschwerungen der Geltendmachung des *dolus* führen. Ausserdem dient sie nur zur Belastung des juristischen Gedächtnisses, an das überhaupt die moderne Gesetzgebung übermässige Anforderungen stellt. Die Anfechtungserklärung kann nur binnen Jahresfrist erfolgen; der Beginn dieser Frist wird aber (*utiliter*) von dem Zeitpunkte an berechnet, in welchem der Anfechtungsberechtigte die Täuschung entdeckt. Ausgeschlossen ist die Anfechtung, wenn seit der Abgabe der Willenserklärung dreissig Jahre verstrichen sind (§ 124).

Sofern jedoch in dem dolosen Verhalten zugleich eine unerlaubte Handlung im Sinne des § 823 B.G.B. (vorsätzliche widerrechtliche Verletzung des Lebens, Körpers, der Gesundheit, Freiheit, des Eigenthums oder eines sonstigen Rechts, oder auch nur „Verstoss gegen ein den Schutz eines Anderen bezweckenden Gesetzes“) oder im Sinne des § 826 B.G.B. (vorsätzliche Schadenszufügung in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise) zu befinden ist, also voraussichtlich in den meisten Fällen des Verkehrsdolus, ist neben dem blossen Anfechtungsanspruch der Anspruch auf Schadensersatz gegeben, und dieser ist keineswegs an die Ausschlussfristen des Anfechtungsrechts geknüpft, sondern unterliegt der gewöhnlichen Verjährung für Schadensersatzansprüche (drei Jahre von dem Zeitpunkte an, in welchem der Verletzte von dem Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen Kenntniss erlangt, ohne Rücksicht auf diese Kenntniss dreissig Jahre von der Begehung der Handlung an, § 852). Der Schadensersatzanspruch kann sich auch auf Wiederherstellung des Zustandes richten, der bestehen würde, wenn der zum Ersatze verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre (§ 249), also auf Rescission des

Rechtsgeschäftes, also denselben Erfolg im Wege der Klage erzielen, den die einfache Anfechtungserklärung bezweckt, darüber hinaus, soweit die Rescission nicht genügend ist, geht er natürlich auf Geldentschädigung, hat also dieselbe Function wie die römische Contractsklage auf das Interesse.

Auch nach Verjährung des Schadensersatzanspruchs kann noch aus dem *dolus* ein Anspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung gegen alle Personen, die unmittelbar oder mittelbar auf Kosten des Betrogenen „etwas ohne rechtlichen Grund erlangt haben" (§§ 812, 819), bestehen bleiben, der erst in 30 Jahren (§ 195) verjährt.

Die Einrede aus der ungerechtfertigten Bereicherung ist unverjährbar (§ 822).

Keine besonderen Vorschriften giebt das Bürgerliche Gesetzbuch bezüglich der *compensatio doli* und des Verzichts auf die Geltendmachung des *dolus*, es verbleibt in dieser Hinsicht bei den meines Erachtens wissenschaftlich und moralisch gerechtfertigten Grundsätzen des Pandektenrechts.

§ 20.

Absoluter und compulsiver Zwang (Erpressung) bzw. „Drohung" des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Seit Alters unterscheidet die Pandektenlehre absoluten Zwang und compulsiven (Erpressung). Unter ersterem versteht sie diejenige Anwendung von Gewalt, welche direct auf den Zweck gerichtet ist, ohne den „freien" Willen des Gezwungenen ins Mittel zu ziehen, beispielsweise gewaltsame Wegnahme einer Sache (Raub). Eine Handlung des Gezwungenen, richtiger Bezwungenen liegt hier gar nicht vor, derselbe bleibt rein passiv. Es liegt auf der Hand, dass dieser absolute Zwang als Ursache (Motiv) einer wirklichen Willenserklärung, eines Rechtsgeschäfts undenkbar ist, höchstens der Schein einer Willenserklärung kann durch ihn erzeugt werden; beispielsweise kann in einem Falle, in dem ausnahmsweise Stillschweigen als Zustimmung gilt, Jemand von der rechtzeitigen Erklärung des gegentheiligen Willens, vom Proteste durch absoluten Zwang, durch Verhindern am Erscheinen an der Ge-

richtsstelle oder durch Verhinderung einer schriftlichen Aeusserung abgehalten werden. In der Regel wird der absolute Zwang durch physische Mittel, körperliche Ueberwältigung im weitesten Sinne, wohin auch Freiheitsberaubung gehört, realisirt werden. Aber es ist falsch, ihn deshalb als physischen Zwang dem compulsiven, d. h. demjenigen Zwange, der indirect durch Vermittlung einer Willenshandlung des Gezwungenen auf sein Ziel losgeht, als psychischem oder gar „psychologischem“ (letzteres eine schon sprachlich unrichtige Ausdrucksform) [1]) entgegenzusetzen. Es kann nämlich einerseits physischer Zwang als Mittel des compulsiven angewandt werden, man kann durch fortgesetzte körperliche Misshandlungen schliesslich eine Person (compulsiv) zur Abgabe einer Willenserklärung bewegen, die darum nichs desto weniger eine Willenserklärung, nicht bloss der Schein einer solchen ist.

Andrerseits aber kann auch psychischer Zwang absolut sein, d. h. er kann eine wirkliche Willenserklärung der Person ausschliessen und lediglich den Schein einer solchen erzeugen. Da dies bislang in der Wissenschaft und Praxis und nicht minder, wie mir scheint, in der Gesetzgebung verkannt worden ist, — fast allgemein wird absoluter Zwang mit physischem, compulsiver mit psychischem verwechselt, — bedarf es einer näheren Erklärung:

Der sog. Hypnotismus beweist, dass es möglich ist, gewisse dafür veranlagte Personen in einen abnormen psychischen Zustand zu versetzen, in dem ihr normales Wachbewusstsein, ihr gewöhnliches empirisches Ich, unterdrückt ist und sie, obwohl dem äusseren Anscheine nach im Besitze ihrer sämmtlichen Sinne und Willensfähigkeiten, den sog. Suggestionen oder Eingebungen dritter Personen, vorzugsweise des Hypnotiseurs, unbedingt Folge leisten müssen. Solche lange Zeit von der

[1]) Psychologisch ist, was zur Psychologie als Wissenschaft gehört. Ebenso falsch wird heutzutage vielfach selbst von wissenschaftlichen Schriftstellern ethisch statt moralisch bezw. sittlich geschrieben: Handlungen und Gesinnungen können moralisch oder sittlich, aber nicht ethisch genannt werden; ethisch ist, was die Wissenschaft der Moral oder Ethik betrifft, das von den Sitten (Ethos) handelnde, wie psychologisch das vom Psychischen handelnde ist.

Medicin, insbesondere der gerichtlichen, mit Unrecht geleugneten Thatsachen sind bislang nur einigermassen vom strafrechtlichen Standpunkte[1]) aus behandelt worden, sie verdienen aber nicht minder eine civilrechtliche Beachtung. Beispielsweise ist durch sehr exacte Experimente unter ärztlicher Leitung (Professor Bernheim) zu Nancy auf Veranlassung des in Note 1 genannten Professor Liégeois festgestellt worden, dass einem hypnotisirten Individuum die posthypnotische[2]) Suggestion gegeben werden konnte, am folgenden Tage ein Testament mit bestimmtem Inhalte zu errichten; das betreffende Individuum stellte sich genau zu der bestimmten Stunde bei dem ihm angegebenen Notar ein und gab die der Suggestion entsprechende letztwillige Verfügung zu Protokoll. Unter anderen hervorragenden physiologischen bzw. psychiatrischen Autoritäten, welche die Möglichkeit solcher Suggestionen bejahen, erwähne ich nur Professor Preyer (Berlin), der (Deutsche Dichtung, Jahrgang 1891) erklärt: „Wenn es möglich ist, einen Menschen ohne seine Einwilligung zu hypnotisiren, so kann man ihn auch, ohne dass er es selbst weiss, durch Einprägung bestimmter Vorstellungen zu posthypnotischen, oft erst nach langer Zeit ausgeführten Handlungen bringen, die ihn mit dem Strafgesetzbuch in Conflict bringen.“

„Unter allen Thatsachen, zu welchen bisher die Untersuchung des Hypnotismus geführt hat, ist keine von so grosser

[1]) Auch, was diesen betrifft, fast nur von französischen Gelehrten. Vgl. vor Allem: Gilles de la Tourette, *L'Hypnotisme et ses états analoques au point de vue médico-légal.* Paris 1887. v. Lilienthal, Der Hypnotismus und das Strafrecht in Zeitschrift für die gesammte Strafrechtswissenschaft VII, 3, S. 281—394.

Der einzige, der bislang meines Wissens auch das Civilrecht berücksichtigte, ist Liégeois (Professor der Universität Nancy), *De la suggestion hypnotique dans ses rapports avec le droit civil et criminel*, Nancy 1885.

Vgl. ferner *Revue de l'Hypnotisme* Jahrgang 1886. Paul Ladame, Hypnotismus und Rechtspflege (Zeitschrift Sphinx 1886, II, 6).

[2]) Posthypnotisch ist eine auch nach Aufhebung der Hypnose, während welcher sie gegeben, noch nachwirkende Suggestion, die zur Folge hat, dass der so Beeinflusste zu der ihm bestimmten Zeit spontan wieder in Hypnose verfällt und erst in diesem Zustande den ihm gewordenen Befehl zur Ausführung bringt.

Tragweite, wie die der Suggestion, und zwar ist sie deshalb so wichtig, weil sie auch ausserhalb des Gebietes der Lehre vom Hypnotismus eine hervorragende Rolle in der menschlichen Gesellschaft gespielt hat und noch spielt."[1])

Vorausgesetzt nun, dass im einzelnen Falle durch sachverständiges Gutachten eine solche hypnotische oder posthypnotische Suggestion als Veranlassung einer rechtlichen Willenserklärung festgestellt wird, wie hat der Jurist sie zu behandeln? Meines Erachtens handelt ein solches Individuum unter einem absoluten, nicht bloss compulsiven, psychischem Zwange; es handelt als unzurechnungsfähiger, psychischer Automat, d. h. im Rechtssinne handelt es überhaupt nicht, sondern es ist ein unbewusstes Werkzeug des Hynotiseurs. Natürlich kommt, um die Nichtigkeit des fraglichen Rechtsactes zu begründen, zunächst der Umstand in Betracht, dass es in einem vorübergehenden Zustande der „Bewusstlosigkeit", richtiger Bewusstseinstrübung handelt (vgl. oben S. 123 ff.). Dies schliesst aber nicht aus, auch den Gesichtspunkt des absoluten Zwanges zur Anwendung zu bringen. Es ist nur der Schein einer Willensäusserung erzeugt worden, ebenso wie wenn etwa Jemand durch absolute physische Gewalt die Hand eines Anderen zur Erlangung seiner Unterschrift geführt hat

Nach römischem Recht[2]) und nicht minder nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch ist ein durch absoluten Zwang (sei dieser nun physisch oder psychisch) herbeigeführtes Rechtsgeschäft zweifelsohne nichtig, handelt es sich aber um ein Delict, so ist der zum blossen Werkzeug desselben benutzte Hypnotisirte civilrechtlich ebensowenig verantwortlich, wie strafrechtlich. Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch kann nur

[1]) Aehnlich Prof. Dr. med. Eulenburg (a. a. O.), Prof. Hirth (Breslau) und Prof. Dr. med. Krafft-Ebing (Wien), welcher letztere hervorragende Psychiater bemerkt: „Es ist sehr zu bedauern, dass es heutzutage noch hervorragende Aerzte giebt, welche aus Unwissenheit oder Vorurtheil die Thatsachen der Suggestion ignoriren."

[2]) *C. 7 l. 15 quaest. 1: nesciunt quid loquantur, qui nimio vino indulgent, jacent sepulti, ideoque siqua per vinum deliquerint, apud sapientes judices venia quidem facti donantur, sed levitatis damnantur auctores.*

noch der in § 827 [1]) aufgestellte neue Gesichtspunkt der Schadenshaftung mit in Frage kommen für den Fall, dass bei einer hypnotischen Suggestion dem Opfer derselben selber eine Fahrlässigkeit zur Last fällt, die unter Umständen eben darin zu befinden wäre, dass er sich hypnotisiren liess. Endlich kann der Hypnotisirte sogar nach § 829 [2]) B.G.B. auch ohne eigenes Verschulden schadensersatzpflichtig gemacht werden, wenn auch in einem dem richterlichen Ermessen unterliegenden beschränkten Massstabe. Vgl. S. 124 oben.

Natürlich haftet aber in erster Linie stets der Hypnotiseur als intellectueller Urheber (nicht als Anstifter), die Haftung des Hypnotisirten ist nur als subsidiäre, nicht als principal-solidarische im Sinne des § 830 [3]) B.G.B. geltend zu machen.

[1]) § 827: „Wer im Zustande der Bewusstlosigkeit oder in einem die freie Willensbestimmung ausschliessenden Zustande krankhafter Störung der Geistesthätigkeit einem Anderen Schaden zufügt, ist für den Schaden nicht verantwortlich. Hat er sich durch geistige Getränke oder ähnliche Mittel in einen vorübergehenden Zustand dieser Art versetzt, so ist er für einen Schaden, den er in diesem Zustande widerrechtlich verursacht, in gleicher Weise verantwortlich, wie wenn ihm Fahrlässigkeit zur Last fiele; die Verantwortlichkeit tritt nicht ein, wenn er ohne Verschulden in diesen Zustand gerathen ist."

Ich stehe nicht an, in logischer, eventuell analoger Auslegung zu den den geistigen Getränken „ähnlichen Mitteln" auch die hypnotische Suggestion zu rechnen.

[2]) § 829: „Wer in einem der in den §§ 823 bis 826 bezeichneten Fälle (nämlich im Fall der vorsätzlichen oder fahrlässigen widerrechtlichen Verletzung des Lebens, Körpers, der Gesundheit, Freiheit, Eigenthums oder sonstigen Rechts, 823, Kreditschädigung, 824, ausserehelichen Beiwohnung, 825, Verstoss gegen gute Sitten, 826) für einen von ihm verursachten Schaden auf Grund der §§ 827, 828 (nämlich mangels Zurechnungsfähigkeit) nicht verantwortlich ist, hat gleichwohl, sofern der Ersatz des Schadens nicht von einem aufsichtspflichtigen Dritten erlangt werden kann, den Schaden insoweit zu ersetzen, als die Billigkeit nach den Umständen, insbesondere nach den Verhältnissen der Betheiligten, eine Schadloshaltung erfordert und ihm nicht die Mittel entzogen werden, deren er zum standesmässigen Unterhalte sowie zur Erfüllung seiner gesetzlichen Unterhaltspflichten bedarf."

[3]) § 830: „Haben Mehrere durch eine gemeinschaftlich begangene unerlaubte Handlung einen Schaden verursacht, so ist jeder für den

Das Kriterium des compulsiven Zwanges ist im Gegensatze zum absoluten, dass der Zwang, einerlei, ob er an und für sich bloss psychisch (durch wörtliche oder schriftliche oder mimische Drohung) oder physisch (etwa durch wiederholte Prügel, Folter, Freiheitsberaubung) wirkt, nur als (bewusstes) Motiv der Willenserklärung wirkt. Das Strafrecht bezeichnet diesen Zwang als Erpressung (§ 253 St.G.B.) bzw. Nöthigung (§ 240 St.G.B.); erstere ist der gegen Jemanden zum Zwecke der Erlangung eines rechtswidrigen Vermögensvortheils verübte compulsive Zwang, bei dem es genügt, dass mit irgend welchen Nachtheilen gedroht wird; letztere jede Nöthigung zu (irgend) einer Handlung, Duldung oder Unterlassung, aber mit körperlicher Gewalt oder bestimmten Nachtheilen (Bedrohung mit einem Verbrechen oder Vergehen). Qualificirt ist die Erpressung durch Bedrohung mit gewissen schweren Verbrechen (Mord, Brandstiftung, Verursachung einer Ueberschwemmung, § 254) und diejenige durch „Gewalt gegen eine Person“ oder „unter Anwendung von Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben“ (§ 255, räuberische Erpressung).

Jedenfalls haben darnach die Criminalisten im Gegensatz zu vielen Civilisten, auch, wie wir sehen werden, zu den Motiven des Bürgerlichen Gesetzbuchs den Begriff des compulsiven Zwanges stets richtig aufgefasst, indem sie auch die körperliche Gewalt neben der bloss psychischen Beeinflussung als Mittel der Erpressung beachten und nicht etwa psychischen und compulsiven Zwang identificiren. Ein solcher compulsiver Zwang nun macht nach römisch-rechtlicher Auffassung das erzwungene Rechtsgeschäft keineswegs nichtig, vielmehr ist es zunächst als gültig zu betrachten. *Quamvis coactus, — voluntatem accommodavit* (*l.* 17 *pr. D.* 40, 9). *L.* 21 § 5 *D. quod metus* 4, 2: *Si metu coactus adii hereditatem, puto me heredem effici, quia quamvis liberum esset, noluissem, tamen coactus volui.* Der compulsive Zwang stellt dem Willen

Schaden verantwortlich. Das Gleiche gilt, wenn sich nicht ermitteln lässt, wer von mehreren Betheiligten den Schaden durch seine Handlung verursacht hat. — Anstifter und Gehülfen stehen Mitthätern gleich.“

lediglich eine (dreifache) Alternative: a) Man kann sich dem Zwange erfolgreich widersetzen (vgl. *Cicero de officiis* III. *c.* 30 „*quasi viro forti vis possit adhiberi!*“), b) Man kann das angedrohte Uebel, ohne nachzugeben, über sich ergehen lassen. c) Man fügt sich dem Willen des Erpressers und nimmt die Handlung vor. In letzterem Falle aber hat man nach römischer Auffassung freiwillig gehandelt.[1])

Mit Unrecht ist diese Auffassung von Modernen als unzulässig bestritten worden [2]), sie braucht nicht aus der besonderen Mannhaftigkeit oder stoischen Philosophie der Römer erklärt zu werden, sie folgt aus dem richtigen Willensbegriffe. Das metaphysische Dogma vom sog. „freien Willen“ hat mit der Civiljurisprudenz so wenig zu thun, wie mit dem positiven Strafrechte. Compulsiver Zwang, zwingende Motive umgeben uns im Leben in allen möglichen Formen und Abstufungen, und es würde zu Unmöglichkeiten führen, wollte man einen sog. „freien Willen“ schlechtweg zur Voraussetzung der Gültigkeit der Rechtsgeschäfte stempeln.

Wenn gleichwohl die Römer unter gewissen Voraussetzungen, die wir demnächst erörtern werden, eine Anfechtung der *ipso jure* gültigen Willenserklärung wegen compulsiven Zwanges gestatten, so ist bei ihnen ebensowenig, wie beim *dolus,* die Lehre vom *liberum arbitrium indifferentiae,* sondern lediglich die unsittliche Natur des Zwanges das legislative Motiv gewesen. Allerdings giebt das neuere römische Recht gewisse Rechtsmittel zu Gunsten des Gezwungenen.

Der Prätor gewährte:

1. die *in integrum restitutio propter metum. L.* 1 *pr. h. t.* 4, 2: *quod metus causa gestum erit, ratum non habebo;* —

[1]) *L.* 22 *D.* 23, 2: *Si patre cogente ducit uxorem, quam non duceret, si arbitrii esset, contraxit matrimonium, quod inter invitos non contrahitur; maluisse hoc videtur.*

[2]) Vgl. z. B. Schliemann, Die Lehre vom Zwang 1861. Czyhlarz, Der Einfluss des Zwanges in Iherings Jahrbüchern Bd. 13 n. 1. Schlossmann, Die Lehre vom Zwange 1874. Lange, Zwang 1886. Gradenwitz, Ungültigkeit obligator. Rechtsgeschäfte S. 9. Kohler, in Iherings Jahrb. Bd. 35 S. 9.

„*gestum*" bezeichnet hier nicht nur Rechtsgeschäft, sondern jede Rechtshandlung. Diese Form war die älteste, sie war insofern umständlich, als der Prätor selber erkennen musste[1];

2. die *actio rescissoria* oder *utilis:* d. h. dem Gezwungenen wurde dieselbe Klage gewährt, die er früher hatte (analog der *bonae fidei*-Klage beim Betruge), also z. B. die *reivindicatio utilis*[2];

3. die *actio quod metus causa* und die *exceptio quod metus causa:* Diese war nach der heutigen Terminologie eine *actio in rem scripta,* d. h. sie war zwar eine *actio in personam,* auf *dare, facere oportere* gerichtet, aber sie ging als solche nicht bloss gegen den Zwingenden selbst, sondern, ähnlich wie nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch der Anspruch aus *dolus*[3], gegen Jeden, der einen Vortheil aus dem erzwungenen Geschäft hatte. Ferner war die *actio quod metus causa* eine *actio arbitraria,* d. h. wenn der Verurtheilte das *arbitrium* des Richters nicht erfüllte, so konnte Kläger durch *juramentum in litem* bis zum Vierfachen des objectiven Werthes sein Interesse feststellen.[4] Sie verjährte innerhalb eines Jahres, wenigstens nach Ablauf eines Jahres (*annus utilis*) wurde nur *causa cognita* auf einfachen (objectiven) Schadensersatz die Klage gewährt.

Alle diese electiv concurrirenden Rechtsmittel waren auf Aufhebung der sämmtlichen nachtheiligen Folgen des Zwanges, also auf Rückgabe des Eigenthums oder Wiederherstellung der

[1]) *L.* 21 § 4 *h. t.* 4, 2 (einziger Anwendungsfall in den Pandekten).

[2]) *L.* 3 *Cod. de his qui* 2, 20. *l.* 9 *D.* § 4, 6 *h. t.* 4, 2. (Dieser Fall wird als *restitutio officio judicis* bezeichnet im Gegensatz zur *rest. i. i.* als *officio praetoris.*) *L.* 9 § 7 *h. t.*

[3]) Dafür, dass die Römer die *actio doli* nicht als *in rem scripta* anerkannten, vgl. *L.* 4 § 31 *D.* 44, 4. S. 444 oben. Der legislative Grund war wohl der: Gegen *dolus* kann und soll nach römischer Anschauung sich Jedermann vorsehen, und wenn er sich versehen hat, die Folgen nicht auf dritte subjectiv unbetheiligte (unschuldige) Personen abwälzen; gegen compulsiven Zwang dagegen kann sich Niemand schützen.

[4]) *L.* 14 § 1 *D. h. t.* 4, 2: *Si quis non restituat, in quadruplum in eum judicium pollicetur: quadruplabitur autem quodcumque restitui oportuit. satis clementer praetor egit, ut daret ei restituendi facultatem, si vult poenam evitare. post annum vero in simplum actionem pollicetur, sed non semper, sed causa cognita.*

aufgegebenen Forderung gerichtet. Sie standen nur dem Gezwungenen selbst, eventuell dessen Erben zu, d. h. compulsiver Zwang begründete Anfechtbarkeit, nicht Nichtigkeit; bei letzterer würde sich jeder Dritte auf den Zwang berufen und dadurch z. B., wenn von ihm die erzwungene Sache vindicirt würde, mittelst einer *exceptio quod metus causa* den Gezwungenen nöthigen können, als Zeuge aufzutreten und eine ihm unter Umständen recht unliebsame Angelegenheit einzugestehen.

Die Anfechtbarkeit aber war bei allen diesen Rechtsmitteln noch an folgende Voraussetzungen geknüpft:

1. Die erzwungene Handlung musste (objectiv) wenn auch nicht vom Gegner, so doch von irgend einer dritten Person bezweckt worden sein; ist Jemand durch eine nur subjectiv veranlasste, objectiv unbegründete Furcht zu einer Rechtshandlung veranlasst worden, so kann er sie nicht anfechten.[1]) Sofern aber die Furcht durch irgend wen wirklich veranlasst ist, braucht der Gezwungene nicht etwa ein Mitwissen des Gegners, der aus der erzwungenen Handlung einen Vortheil erlangt hat, zu behaupten und zu beweisen, es sei denn, dass jener Vortheil gerade darin bestand, dass Gegner ihm gegen das angedrohte Uebel für den Vortheil Schutz verlieh (vgl. *l.* 9 § 1 cit. in Note 12). Die auf den Zweck des Zwanges ge-

[1]) *L.* 9 *pr.* und § 1 *D. h. t.*: *Metum autem praesentem accipere debemus, non suspicionem inferendi ejus: et ita Pomponius libro vicensimo octavo scribit. ait enim metum illatum accipiendum, id est si illatus est timor ab aliquo.* — § 1: *Animadvertendum autem, quod praetor hoc edicto generaliter et in rem loquitur nec adicit, a quo gestum: et ideo sive singularis sit persona, quae metum intulit, vel populus vel curia vel collegium vel corpus, huic edicto locus erit. sed licet vim factam a quocumque praetor complectatur, eleganter tamen Pomponius ait, si quo magis te de vi hostium vel latronum vel populi tuerer vel liberarem, aliquid a te accepero vel te obligavero, non debere me hoc edicto teneri, nisi ipse hanc tibi vim summisi: ceterum, si alienus sum a vi, teneri me non debere, ego enim operae potius meae mercedem accepisse videor.*

Vgl. *L.* 14 § 3 *h. t.*: *In hac actione non quaeritur, utrum is, qui convenitur, an alius metum fecit: sufficit enim hoc docere metum sibi illatum vel vim, et ex hac re eum qui convenitur, etsi crimine caret, lucrum tamen sensisse.*

richtete (erpresserische) Absicht braucht nicht ausdrücklich erklärt zu sein, in der Regel bedienen sich Erpresser vielmehr versteckter Anspielungen, ja drohen unter Umständen gerade dadurch, dass sie, lediglich um sich im Fall einer Strafanzeige von vornherein einen für einen grobfädigen Richter berechneten Einwand zu schaffen, versichern, sie würden selbstverständlich dies oder jenes nicht thun, in der wohlberechneten Annahme, dass ihr Gegner die Ironie dieser Phrase schon verstehen werde.

2. Nach römischer Auffassung muss der ausgeübte Zwang bezw. die Drohung objectiv erheblich sein, *metus non vani hominis, sed qui merito et in hominem constantissimum cadit.*[1]) Die Quellen erwähnen Gefahr für Leib und Leben und Freiheit des Bedrohten und seiner Angehörigen; ausdrücklich verneinen sie die Erheblichkeit einer Drohung mit Verleumdungen oder Denunciationen bezw. Processen.[2]) Für Vexationen der letzteren Art, chikanöse Erpressungen, war die *condictio ob turpem causam* das zuständige Rechtsmittel.[3]) Die neuere Praxis ist, und zwar, da auch das Reichsstrafgesetzbuch (§ 253) die Erpressung bestraft, ohne zwischen schwererer oder geringerer Drohung zu unterscheiden, in Uebereinstimmung mit der milderen Anschauung des modernen Zeitalters[4]) zu einer individualisirenden Würdigung des Zwanges übergegangen, sofern sie unter Umständen auch Bedrohung mit blosser Vermögensschädigung, mit einer Criminalanzeige oder Ehrenschädigung als Anfechtungsgrund zulässt.[4]) Immer-

[1]) *L.* 6 *D. h. t.* 4, 2. *l.* 5 *h. t.: Metum accipiendum Labeo dicit non quemlibet timorem, sed majovis malitatis* (*mali?*) *l.* 1 *h. t.* (*vis atrox*).

[2]) *L.* 10 *Cod. h. t.* 2, 20: *Accusationis institutae vel futurae metu alienationem seu promissionem factam rescindi postulantis improbum est desiderium* (*Impp. Dioletian et Maximum*).

L. 7 *pr. D. h. t.: Nec timorem infamiae hoc edicto contineri Pedius dicit libro septimo neque alicujus vexationis timorem per hoc edictum restitui.*

[3]) *L.* 4 § 2 *D. cond. ob turp.* 12, 5: *quodsi a fugitivo meo acceperis ne eum iudicares, condicere tibi hoc quasi furi possim: sed si ipse fur iudicium a me accepit vel furis vel fugitivi socius, puto condictionem locum habere.*

[4]) Nach dem Vorgange des Preuss. A.L.R. I. 4 § 37: „Auch ist, bei

hin aber muss auch jetzt noch der angedrohte Nachtheil ein unmittelbar bevorstehender oder zu verwirklichender und nach den Umständen des Falles nicht abwendbarer sein. Auf keinen Fall genügt sog. *metus reverentialis*, d. h. Nachgiebigkeit gegen autoritäre Einflüsse und Vorhalte, Androhung der Entziehung verwandtschaftlichen oder freundschaftlichen Wohlwollens u. s. w.

3. Der Zwang muss rechtlich oder sittlich unstatthaft sein; [1]) z. B. genügt nicht Androhung einer rechtlich zulässigen Zwangsvollstreckungshandlung (Ladung zum Offenbarungseid). [2])

4. Der Gezwungene muss durch den Zwang thatsächlich benachtheiligt sein, die Anfechtung ist nur begründet, wenn ein *damnum*, ein verletztes berechtigtes Interesse vorliegt. Dem zur Zahlung gezwungenen Schuldner ist nicht die *actio quod metus* bezw. die *restitutio in integrum* zuzubilligen; die besonderen Rechtsmittel gegen unerlaubte Selbsthülfe, insbesondere auch bei gewaltsamer Besitzentziehung, die Besitzinterdicte werden dadurch nicht berührt.

Ausnahmsweise ist aber auch ein bloss compulsiv erzwungenes Rechtsgeschäft nichtig, nämlich das Testament und die Ehe. [3])

Das Bürgerliche Gesetzbuch erwähnt überall nicht den absoluten Zwang. Nach den allgemeinen Grundsätzen, aus dem Begriffe der Willenserklärung und, falls der absolute Zwang ein psychischer ist, aus den vorhin angeführten Gründen ergiebt sich jedoch auch auf seiner Grundlage die Nichtigkeit des durch

Bestimmung des Einflusses der Drohung in den Willen des Bedrohten, zugleich auf desselben Leibes- und Gemüthsbeschaffenheit Rücksicht zu nehmen."

[1]) Vgl. R.G. XXXI. nr. 30 (Bedrohung mit Criminalanzeige). R.G. X. S. 188 ff. (Drohung der Creditschädigung). Jurist. Wochenschrift 1896 nr. 15—17 S. 136.

[2]) *L.* 3 § 1 h. t.: *vim accipimus atrocem et eam, quae adversus bonos mores, non eam, quam magistratus recte intulit.*

L. 7 § 1. *l.* 8 *pr. h. t.* 4, 2: Vgl. R.G. XXXI. S. 161. „Voraussetzung der Anfechtbarkeit wegen Zwanges ist die Rechtswidrigkeit der Ausübung dieses Zwanges." R.G. XXXIV. S. 184 ff.

[3]) *L.* 22 *D. de ritu nupt.* 23, 2.

absoluten Zwang zur Erscheinung bzw. zu einem blossen Scheine der Existenz gebrachten Rechtsgeschäftes. Die Motive, die freilich dabei von dem vulgären Irrthume der Verwechselung absoluten Zwangs mit physischem (körperlicher Ueberwältigung) ausgehen, bemerken (I S. 204): „Ausgeschlossen, nicht bloss beeinträchtigt ist die Selbstbestimmung im Falle körperlicher Ueberwältigung *(vis absoluta)*. Der in solcher Weise Gezwungene handelt nicht, sondern ist nur vermittelndes Werkzeug. Die ihm abgenöthigte Erklärung ist, da sie ihm nicht zugerechnet werden kann, selbstverständlich nichtig.“ Richtig an diesem Satze der Motive ist nur, dass absoluter Zwang ein Rechtsgeschäft nichtig macht; dagegen ist er im Uebrigen geeignet, völlig falsche Vorstellungen über den Begriff des absoluten Zwanges zu erwecken. Eine abgenöthigte Erklärung, sei sie auch durch körperliche Ueberwältigung, z. B. durch wiederholte Schläge, durch Freiheitsberaubung, oder sonstige körperlich wirkende Mittel, z. B. Nahrungsentziehung, abgenöthigt, beruht, wie ja auch die Criminalistik von jeher erkannt hat, niemals auf absolutem Zwange; in diesen Fällen liegt stets eine bewusste echte Willenserklärung vor und ist der Erklärende nicht „nur vermittelndes Werkzeug“, Automat. Der mitgetheilte Satz der Motive kann, wenngleich er beweist, dass die Gesetzgebung von wissenschaftlich unrichtiger Auffassung ausgegangen ist, oder vielmehr eben deshalb keine Beachtung fordern.

Andrerseits erklärt freilich diese unzulängliche Begriffsbildung des Gesetzgebers, dass das Bürgerliche Gesetzbuch als compulsiven Zwang nur die Drohung erwähnt. Ausgehend von einer wissenschaftlich gleichfalls unzutreffenden und unhaltbaren Meinung, die das legislative Motiv der Anfechtbarkeit beim *dolus* und beim Zwange in einer Beeinträchtigung des sog. „freien Willens“ findet, regelt unser Bürgerliches Gesetzbuch die Anfechtbarkeit der Drohung gemeinsam mit derjenigen der „arglistigen Täuschung“ in dem § 123:

> „Wer zur Abgabe einer Willenserklärung durch arglistige Täuschung oder widerrechtlich durch Drohung bestimmt ist, kann die Erklärung anfechten.“

Die Wissenschaft und Praxis wird sich mit diesem Paragraphen nur durch vernunftgemässe, d. h. von den falschen Motiven unabhängige, diese vielmehr berichtigende logische Auslegung behelfen können und müssen. Demgemäss ist zu behaupten: 1. „Drohung“ ist lediglich eine unzulängliche gesetzgeberische Bezeichnung jedes compulsiven Zwanges; also berechtigen auch körperliche Einwirkungen, beispielsweise die oben erwähnten, wenn sie den dadurch Gezwungenen zu einer Willenserklärung bestimmt haben, zur Anfechtung. Oder soll man sagen, dass beispielsweise eine Schenkungsurkunde, zu deren Ausstellung Jemand sich durch wiederholte Prügel bestimmen liess, nicht anfechtbar sei? Ihre Nichtigkeit ist ja, da sie nicht durch absoluten Zwang im Sinne der Wissenschaft erzeugt ist, sondern auf einem bewussten und im empirischen Sinne „freien“ Willensact des Schenkers beruht, zumal das Bürgerliche Gesetzbuch selber den absoluten Zwang übergeht und die falsche Theorie der Motive nicht im Gesetze um Ausdruck gebracht hat, nicht zu begründen. Wir haben also den Begriff der „Drohung“ im § 123 als compulsiven Zwang im Sinne des vorhin entwickelten Pandektenrechts zu deuten.

2. Fortgefallen ist aber im Bürgerlichen Gesetzbuche das Erforderniss des *metus majoris malitatis*. Es genügt, dass der compulsive Zwang für das in Frage kommende Individuum hinreichende Motivationskraft besass, um es zu bestimmen, vorausgesetzt, dass er widerrechtlich war.

3. Falsch aber wäre es, ebenso wie beim *dolus*, vom Anfechtungskläger *in concreto* den Nachweis eines besonderen psychischen Causalnexus zwischen dem Zwange und der Willenserklärung zu fordern. Er hat lediglich den ausgeübten Zwang zu beweisen, und Sache der verständigen Würdigung des Richters ist es alsdann, die Möglichkeit festzustellen, ob ein solcher compulsiver Zwang auf ein Individuum, wie der Kläger, zulängliche psychische Motivationskraft äussern konnte. Die allgemeine Möglichkeit muss genügen, um der in der Klage liegenden Versicherung der Wirklichkeit des internen Vorganges Glauben zu verschaffen. Nichts wäre verkehrter, als die bereits beim *dolus* zurückgewiesene Unterscheidung

zwischen *causam dans* und *incidens* auch auf den Zwang zu übertragen. (Diese Unterscheidung hat, wie wir oben S. 433 sahen, lediglich beim Irrthum im Motive Berechtigung.) Daran ändert in meinen Augen nichts die ebenfalls von der falschen Theorie der „freien Willensbestimmung“ getragene Bemerkung der Motive I S. 207:

> „Hat die Drohung oder der Betrug nur auf einen Theil eines Rechtsgeschäftes eingewirkt, so beschränkt sich die Anfechtbarkeit, soweit sie an sich begründet ist, auf diesen Theil, und (!) im Falle der Anfechtung ist nach § 114 (jetzt § 139) das ganze Rechtsgeschäft ungültig, sofern nicht erhellt, dass dasselbe auch ohne die angefochtene Bestimmung gewollt sein würde.“

Dieser Satz der Motive widerspricht sich selber; man darf darum nicht etwa daraus die Folgerung ableiten, der Anfechtungsbeklagte könne, etwa durch Eideszuschiebung den Beweis antreten, der behauptete und bewiesene compulsive Zwang sei nicht für ihn das ausschlaggebende Motiv zur Abgabe der ganzen angefochtenen Willenserklärung gewesen. Eine Eideszuschiebung über eine zweifelhafte psychische Thatsache halte ich für bedenklich und unzulässig. Denn nicht das Dogma vom sog. *liberum arbitrium indifferentiae*, sondern die Unsittlichkeit und Rechtswidrigkeit des Zwanges ist das wahre objective legislative Motiv seiner Anfechtbarkeit, sollten auch die Redactoren des Gesetzbuches (subjectiv) von einer anderen Ansicht ausgegangen sein.

4. Der Anfechtungsanspruch ist auch nach der Fassung des Bürgerlichen Gesetzbuches eine *actio in rem scripta*. Es kommt nicht darauf an, dass der compulsive Zwang vom Vertragsgegner oder Empfänger der Willenserklärung oder von dem, dem durch dieselbe ein Vortheil zugewendet ist, ausgegangen sein, es genügt *metus a quocumque illatus* (vgl. Note 1 S. 455), und zwar ist im Gegensatze zur Anfechtung wegen *dolus* der Anspruch gegen den dritten Begünstigten beim compulsiven Zwange unabhängig von der Kenntniss bezw. dem Kennenmüssen des verübten Zwanges.

5. Obwohl der § 123 B.G.B. nur von Willenserklärungen spricht, erachte ich doch nach wie vor,

da eine analoge Ausdehnung auch für das Bürgerliche Gesetzbuch unentbehrlich ist, nicht nur Willenserklärungen, sondern jegliche Rechtshandlung (*gestum* im Sinne der Pandekten), also beispielsweise auch eine Unterlassung und deren nachtheilige Rechtsfolgen auf Grund compulsiven Zwanges für anfechtbar.

Hinsichtlich der Form und Verjährung bezw. Befristung der Anfechtungsbefugniss gilt beim compulsiven Zwange dasselbe, was oben § 19 zum *dolus* gesagt worden ist. Selbstverständlich werden durch die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über die Anfechtung die selbständigen Ansprüche aus der in dem compulsiven Zwange, der Erpressung liegenden unerlaubten Handlung auf Schadenersatz nicht berührt. — In der Regel werden aber letztere genügen, um die Functionen der römischrechtlichen *actio quod metus causa* bezw. *rescissoria actio* gegenüber dem Erpresser selbst zu erfüllen.

Im Gegensatze zum römischen und kanonischen Rechte macht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch § 1335 compulsiver Zwang die Ehe nicht nichtig, sondern nur anfechtbar, und zwar ist die Anfechtung (im weiteren Gegensatze zum römischen und kanonischen Rechte, das die wegen compulsiven Zwanges nichtige Ehe nur durch Erneuerung des Consenses nach Aufhebung der Zwangslage convalesciren lässt) ausgeschlossen, wenn der anfechtungsberechtigte Ehegatte nach dem Aufhören der Zwangslage die Ehe (sei es auch nur stillschweigend) bestätigt (§ 1337) oder nicht binnen einer Frist von sechs Monaten anficht (§ 1339). Auch eine compulsiv erzwungene letztwillige Verfügung ist nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche nicht nichtig, kann vielmehr (§ 2078) [1]) nur an-

[1]) § 2078: „Eine letztwillige Verfügung kann angefochten werden, soweit der Erblasser über den Inhalt seiner Erklärung im Irrthum war oder eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte und anzunehmen ist, dass er die Erklärung bei Kenntniss der Sachlage nicht abgegeben haben würde. — Das Gleiche gilt, soweit der Erblasser zu der Verfügung durch die irrige Annahme oder Erwartung eines Umstandes oder widerrechtlich durch Drohung bestimmt worden ist.

Die Vorschriften des § 122 finden keine Anwendung.“

gefochten werden und sogar nur unter erschwerten Bedingungen, nämlich, „wenn anzunehmen ist, dass“ der Gezwungene „die Erklärung bei Kenntniss der Sachlage“, soll wohl heissen: „bei Nichtvorhandensein des Zwanges“, nicht abgegeben haben würde“ (§ 2078, Abs. 2). Allerdings deutet der Wortlaut dieses Paragraphen auf das Erforderniss der Causalität des Zwanges; allein in den Worten: „wenn anzunehmen ist“ liegt unzweideutig der Satz ausgedrückt, dass nicht die concrete psychologische Causalität erwiesen werden muss, sondern dass es sich auch hier lediglich um die bereits oben S. 430 erwähnte Probabilität handelt.

§ 21.

I. Theilnahme Anderer am Rechtsgeschäft. Allgemeiner Begriff der Stellvertretung.[1]

II. Gesetzliche und rechtsgeschäftliche Stellvertretung.

Wie im gesellschaftlichen Verkehrsleben überhaupt, so ist auch bei den Rechtsgeschäften der Mensch vielfach auf die Mitwirkung anderer Personen angewiesen. Die Mitwirkung bei fremden Rechtsgeschäften kann aber eine sehr verschiedene Bedeutung haben:

1. Die den Wirkungen des Rechtsgeschäftes selber fremden Personen können an dessen Zustandekommen als nothwendige Factoren des Rechtsgeschäftes theilnehmen. Ihre Theilnahme kann allgemein, z. B. als Formrequisit vom Gesetze gefordert sein; hierher gehören die sog. Solennitätszeugen bei einem Testament, bei der Eheschliessung, aber auch der Grundbuchbeamte bei der Auflassung, Hypothekenbestellung, der Richter und Notar bei der Aufnahme solcher Acte, die gerichtlich oder notariell geschehen müssen. Ihre Theilnahme

[1]) Literatur: Buchka, Stellvertretung 1852. Savigny, Obligationenrecht Bd. II. §§ 54 ff. v. Ihering, Jahrbücher für Dogmatik I. n. 7, II. n. 1 u. 3. Hellmann, Stellvertretung 1882. Mitteis, Stellvertretung 1885. Lenel, Stellvertretung und Vollmacht im Archiv für civilist. Praxis Bd. 86 nr. 1. Labandt, Zeitschrift für Handelsrecht Bd. X. S. 183 ff. A. Dolinski, Haftung des Contrahenten für seine Gehülfen 1893.

kann auch durch die Parteivereinbarung oder durch besondere Verhältnisse einer Partei bedingt sein; hierher gehört die vereinbarliche notarielle oder gerichtliche Beurkundung, ferner die unter Umständen erforderliche Mitwirkung eines Vormundes oder Pflegers. Da diese Gattung von Theilnehmern juristisch nothwendige Factoren der Entstehung des Rechtsgeschäftes sind, nenne ich sie juristische Theilnehmer. Als juristisch nothwendige Factoren müssen solche Theilnehmer, abgesehen davon, dass sie noch ausserdem den speciell für die fragliche Art von Rechtsgeschäften für sie aufgestellten Erfordernissen entsprechen müssen, selbstverständlich handlungsfähig bezw. geschäftsfähig sein.

Von ihnen sind zu unterscheiden bloss factische Theilnehmer, d. h. solche Personen, die zwar factische Dienste zum Zustandekommen eines Rechtsgeschäftes leisten, deren Thätigkeit aber nicht zu den *in abstracto* oder *in concreto* essentiellen juristischen Bedingungen des Zustandekommens zählt, beispielsweise der Schreiber eines Contractes, der Dolmetscher, der die Verständigung der Vertragschliessenden vermittelt, ja auch der etwa hinzugezogene Jurist, sei er Richter, Notar oder Rechtsanwalt, der die Verhandlungen der beim Rechtsgeschäfte juristisch betheiligten Personen leitet, das Rechtsgeschäft in die passende Form bringt, den Vertrag redigirt; obwohl die Thätigkeit des letzteren im eigentlichen Sinne eine juristische ist, ist seine Theilnahme am Rechtsgeschäfte doch keine juristische in dem hier fraglichen technischen Sinne, sondern eine factische. Man ist übereingekommen, diese factischen Theilnehmer als Nebenpersonen oder Gehülfen zu bezeichnen.

2. Eine besondere Art der Mitwirkung bei einem Rechtsgeschäfte unterscheidet sich von der bislang gedachten dadurch, dass die Thätigkeit der hinzugezogenen Personen nicht neben, sondern an Stelle der normalen Selbsthätigkeit der eigentlichen Subjecte des Rechtsgeschäftes tritt, als eine vermittelnde oder stellvertretende Thätigkeit zu denken ist, sei es nun, dass diese den Wirkungen des Rechtsgeschäftes selber fremden Personen wiederum, wie im Falle der accessorischen Mitwirkung, juristisch wesentliche Theile

des Thatbestandes an Stelle des von ihnen vertretenen Subjectes verwirklichen oder juristisch nebensächliche (zufällige), rein factische. Man könnte sie beide als Stellvertreter oder Mittelspersonen bezeichnen und unter ihnen wiederum die juristischen und die bloss factischen Stellvertreter unterscheiden. Die juristische Terminologie pflegt aber nur den juristischen Stellvertreter schlechthin als solchen zu bezeichnen, den bloss factischen dagegen entweder mit dem bloss factischen Theilnehmer als „Gehülfen" oder auch, indem sie seine häufigste Erscheinungsform ins Auge fasst, als „Boten".[1]) Juristisch wesentlich bei Entstehung eines Rechtsgeschäftes ist zwar sowohl die subjective Seite desselben, der sog. Wille, wie die objective, die Erklärung. Doch liegt auf der Hand, dass die Erklärung, sobald nur der Willensinhalt feststeht, mehr oder weniger diesem entsprechen muss und dass es daher juristisch einen grossen Unterschied macht, ob Jemand nur die objective Seite, die mehr oder weniger durch den Willensinhalt bestimmte Aeusserungsform vermittelt oder aber auch den Willensinhalt selbst, die subjektive Seite des Thatbestandes, an Stelle des eigentlichen Subjectes bestimmt. Die Unterscheidung des Stellvertreters im Willen von demjenigen in der blossen Erklärung des Willens, dem bloss factischen Gehülfen in der Aeusserung des Willens, insbesondere dem Boten, ist daher an sich nicht ganz ungerechtfertigt. Zuzugeben ist jedoch, dass diese Unterscheidung im Einzelfalle nicht immer so leicht ist, wie sie in abstract begrifflicher Anschauung zu sein scheint. Der bloss factische Gehülfe oder Bote soll eigent-

[1]) Windscheid, Pand. I § 73 n. 2 nennt den juristischen Stellvertreter Stellvertreter „im Willen", den factischen Stellvertreter „in der Erklärung". Das Wort Stellvertreter *cat'exochen* als Vertreter in specifisch-juristischen Thatbestandsmomenten gebraucht zuerst v. Ihering a. a. O. Bd. I. S. 275. Ihm folgt Dernburg, Pand. u. A.; das Bürgerliche Gesetzbuch wendet dafür das einfache Wort „Vertreter" an. Die Motive I. S. 223 nennen den Stellvertreter in der Erklärung oder den Boten auch blosse „Mittelsperson", weil er lediglich die Erklärung „übermittelt", eine schlechte Wortwahl; denn Mittelsperson kommt doch nicht von „Uebermitteln", sondern ist vielmehr ein mindestens ebenso allgemeiner Begriff, wie der der Stellvertreter, sofern er jede Person, mag sie nun juristisch oder factisch etwas „vermitteln", bezeichnet.

lich ein blosses Instrument, ein zufälliges Organ der Erklärung sein, ein „Automat", ein „Mundstück", ein „lebendiger Brief". Der Verkehr hält sich aber nicht an diese Schranken des Begriffes, seine Begriffe sind ausserordentlich flüssig.

Ohne alle eigene Willensthätigkeit ist auch der einfachste Bote nicht, er vertritt also mehr oder minder seinen Absender auch im Willen, freilich nicht im rechtsgeschäftlichen Willen. Ob und wann eine Vertretung sich auf den rechtsgeschäftlichen Willen erstreckt oder nur auf rechtsgeschäftlich nebensächliche Punkte, ist aber *quaestio facti*. Beispielsweise kann ich mich einer Person bedienen, um ein Kaufgeschäft für mich abzuschliessen a) unter bestimmter Bezeichnung des Verkäufers, des Objectes und des Preises meinerseits, b) mit der Gestattung einer Auswahl unter mehreren generisch-bestimmten Objecten und Verkäufern mit einem Spielraume der Preisbemessung, c) mit Beschränkung der freien Willensbestimmung auf den einen oder anderen dieser Punkte. Nur in dem Falle a) halte ich die Mittelsperson für einen blossen Boten. Die Motive zum B.G.B. I. S. 223 bemerken: „Wie weit der Begriff der Uebermittelung reicht, ob der Bote auch dann noch Bote bleibt, wenn ihm freigestellt ist, zwischen mehreren Willenskundgebungen des Erklärenden zu wählen oder auch wohl die Kundgebung zu unterlassen, mag unter Umständen zweifelhaft sein, eignet sich aber nicht zur Entscheidung durch das Gesetz. Im Allgemeinen wird festzuhalten sein, dass, soweit der Person, deren man sich bedient, eine Willenswahl offengelassen ist, die Grundsätze von der Vertretung Platz zu greifen haben." [1])

Wesentlich dem Begriffe der echten (juristischen) Stellvertretung ist, dass derselbe das Rechtsgeschäft bezw. die von ihm zu bestimmenden Theile desselben im Namen eines Anderen (des Subjects des Rechtsgeschäftes, des Principals) vornehme. Dies unterscheidet ihn von einer anderen Art der

[1]) Beispiele aus der Praxis: Makler ist blosser *internuntius*, Bote bezw. Gehülfe. Bolze, Entsch. des R.G. XII. nr. 291, 257. Agent? Seuffert XXXXVII. nr. 44. Mit Zustellung betrauter Rechtsanwalt R.G. XX. nr. 100. Bauleiter, Bolze, XX. nr. 464.

Mittelpersonen, die eine Stellvertretung nur zum wirthschaftlichen Endzwecke darstellt, indem die Mittelperson das Geschäft im eigenen Namen vornimmt, aber in der Absicht, später die rechtlichen Wirkungen, die zunächst nur in ihrer Person entstehen, auf einen Anderen zu übertragen. Man hat zwar auch diesen Fall unter den allgemeinen Begriff der Stellvertretung eingereiht und ihn als denjenigen der mittelbaren, indirecten, auch stillen Stellvertretung bezeichnet, indem man dann den echten (juristischen) Stellvertreter einen unmittelbaren, directen, offenen Stellvertreter nannte. v. Ihering schlug dafür als *terminus technicus* das Wort „Ersatzmann" vor. Im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches soll diese Art der Stellvertreter nicht mehr als „Vertreter", also auch nicht als stiller, directer, oder mittelbarer bezeichnet werden. Die Motive I. S. 223 bemerken: „Die sog. mittelbare Stellvertretung, bei welcher Jemand ein Rechtsgeschäft im eigenen Namen, aber in der Absicht vornimmt, die rechtlichen Wirkungen einem Anderen zukommen zu lassen, ist juristisch betrachtet kein Fall der Vertretung. Das solchergestalt vorgenommene Rechtsgeschäft ist ausschliesslich ein Rechtsgeschäft des im eigenen Namen Handelnden. Für Herbeiführung des wirthschaftlichen Erfolges der Vertretung bedarf es eines weiteren Rechtsgeschäftes, durch welches die Wirkungen übertragen werden!"

Die wahre, echte Stellvertretung im hiernach gesetzlich sanktionirten Sprachgebrauche beruht auf einer Trennung der Ursache und Wirkung beim Rechtsgeschäfte; die Ursache: die Handlung fällt auf die Person des Stellvertreters, die Wirkung: das Recht auf die des Repräsentirten, sie schliesst also eine künstliche Spaltung dessen in sich, was bei der natürlichen Gestalt des Verhältnisses eins ist.[1]) Uebrigens ist das Bedürfniss, sich bei rechtlichen Handlungen durch Andere vertreten zu lassen, von einem einigermassen entwickelten Verkehr gar nicht zu trennen. Wenn das ältere römische Recht die Stellvertretung nur in sehr be-

[1]) Vgl. v. Ihering, Geist des römischen Rechts IV. S. 173.

schränktem Umfange zuliess, so hatte dies seinen Grund nicht sowohl in dem formaltechnischen Gedanken der Untheilbarkeit des Rechtsgeschäftes,[1]) als vielmehr in den einfacheren Verkehrsverhältnissen und den damals wirthschaftlich gegebenen besonderen Surrogaten der sog. nothwendigen Stellvertretung. Unrichtig wäre es auch zu behaupten, das ältere römische Recht habe die unmittelbare Stellvertretung (durch freie Personen) überall ausgeschlossen. Ausgeschlossen war sie zunächst im Process.[2]) Für den Verkehr galt sodann die Regel: *per liberam personam acquiri non potest.*[3]) Eine freie Person konnte nicht für eine andere unmittelbar erwerben, d. h. ein neues Recht, sei es dinglich oder obligatorisch, begründen. Eine bedeutsame Ausnahme hiervon machte jedoch der Besitzerwerb, bei dem die freie Stellvertretung unbedingt zulässig war[4]). Anlangend die Obligationen konnten ferner Zahlungen für Andere mit unmittelbar befreiender Wirkung vorgenommen werden;[5]) ferner konnte man sich zur Behauptung seines Rechtes, z. B. zur Protesterklärung,[6]) zur Interpellation

[1]) Vgl. *L.* 11 *D. de O. et et.* 49, 7: *quaecumque gerimus, cum ex nostro contractu originem trahunt* (Ursache) *nisi ex nostra persona obligationis initium sumant* (Wirkung) *inanem actum nostrum efficiunt.*

[2]) *L.* 123 *D. de R. J.* 50, 17: *Nemo alieno nomine lege agere potest.*

[3]) *L.* 12 *pr.* 42, 5: — — — *nec videbitur libera persona adquirere alii, quia nec sibi quicquam adquirit, cui praetor permittit, sed aliquid ex ordine facit: et ideo ceteris quoque prodest. l.* 24 § 2 *D. usuris* 22, 1: *Mora videtur creditori fieri, sive ipsi sive ei, cui mandaverat sive ei qui negotia ejus gerebat mora facta sit: nec hoc casu per liberam personam adquiri videtur, sed officium impleri, sicuti, cum quis furtum mihi facientem deprehendit, negotium meum agens manifesti furti actionem mihi parat: iterum cum procurator interpellaverit promissorem hominis perpetuam facit stipulationem.*

[4]) *L.* 1 *Cod. per quas person. nobis acquir.* 4, 27: *Excepta possessionis causa per liberam personam, quae alterius juri non est subdita, nihil adquiri posse, indubitati juris est.*

[5]) *L.* 53 *D.* 46, 3: *Solvere pro ignorante et invito cuique licet, cum sit Jure civili constitutum licere etiam ignorantis invitique meliorem facere conditionem.*

[6]) Vgl. *L.* 3 *pr. quod vi* 43, 24: *Prohibere autem non utique per semet ipsum necesse est, sed et si quis per servum suum vel procuratorem prohibuerit, recte videtur prohibuisse.*

eines Schuldners [1]) des freien Stellvertreters bedienen. Der Grund der nur beschränkten Zulassung der freien Stellvertretung war theils ein practischer, — die Stellvertretung complicirt das Rechtsgeschäft und giebt zu manchen feinen Fragen bezüglich der Willensseite desselben und der Haftung des Principals Veranlassung, denen ein einfaches, auf bestimmt umschriebene Begriffe angewiesenes Recht dadurch vorbeugte,[2]) — theils auch ein ethischer Gesichtspunkt, der altrömische Egoismus,[3]) das „Selbst ist der Mann“. Möglich wurde die Durchführung des Grundsatzes 1. wegen des intensiv und extensiv beschränkten Verkehrs, 2. durch das Jedem zu Gebote stehende reichliche Material an Sclaven und Hauskindern (nothwendige Stellvertretung, 3. durch das Surrogat des Ersatzmanns (vergl. § 27 unten) und Fiduciars, 4. durch den Gebrauch der sog. *adstipulatores* und *adpromissores*.[4])

Auch im heutigen Rechte ist übrigens die Statthaftigkeit der Stellvertretung keine unbeschränkte; das Institut der Vertretung gehört vielmehr wesentlich dem vermögensrechtlichen Verkehre an. Ausgeschlossen ist sie nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch bei der Eheschliessung (§ 1317),[5]) Annahme an Kindesstatt (§ 1750),[6]) Anfechtung der Ehelichkeit (§ 1595), bei dem Antrag auf Ehelichkeitserklärung (§ 1728), bei der Anfechtung der Ehe (§ 1336), bei der Testamentserrichtung (§ 2064), beim Abschluss eines Erbvertrages (§ 2274).

[1]) Vgl. *l.* 24 § 2 *cit.* in Note 7.

[2]) Aus diesem Grunde schliesst auch heutzutage noch das türkische Recht die Stellvertretung aus.

[3]) Vgl. *L.* 38 § 17 *D. de v. o.* 45, 1: *Alteri stipulari nemo potest praeterquam si servus domino, filius patri stipulatur: inventae sunt enim hujus modi obligationes ad hoc, ut unusquisque sibi acquirat quod sua interest: ceterum ut alii detur, nihil interest mea.*

[4]) Vgl. v. Ihering, Geist des röm. Rechts IV. § 56 S. 247 ff.

[5]) Eine Ausnahme bleibt hiervon für den hohen Adel reservirt. Einf.G. z. B.G.B. art. 57.

[6]) § 1750: „Der Annahmevertrag kann nicht durch einen Vertreter geschlossen werden. Hat das Kind nicht das vierzehnte Lebensjahr vollendet, so kann sein gesetzlicher Vertreter den Vertrag mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts beschliessen. Der Annahmevertrag muss bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Theile vor Gericht oder vor einem Notar geschlossen werden.“

Eine Stellvertretung wird schliesslich nur anerkannt bei Rechtsgeschäften, nicht bei Delicten: Bei letzteren tritt an ihre Stelle die Anstiftung oder, falls es sich um Mitwirkung unzurechnungsfähiger Personen handelt, die sog. intellectuelle Urheberschaft. Die Lehren des Pandektenrechts in dieser Hinsicht sind folgende: 1. Der (zurechnungsfähige) Thäter haftet schlechthin; denn der Auftrag (von Vollmacht oder Vertretungsmacht kann hier keine Rede sein) hebt für ihn nicht die verpflichtende Kraft der Normen des Strafgesetzes oder der Sittlichkeit auf.[1]) Dies gilt selbst dann, wenn er in einem Dienste oder Untergebenheitsverhältnisse zum Auftraggeber stand, vorausgesetzt, dass der subjective Thatbestand, die delictische Vorstellung (*dolus*, Mitwissen) bei ihm vorliegt; anderenfalls ist die sog. intellectuelle Urheberschaft gegeben.[2]) Zwar für Sclaven liess da römische Recht bei leichteren Vergehen in der Regel auf Grund ihres unbedingten Unterworfenheitsverhältnisses Verzeihung eintreten,[3]) wie z. B. bei Diebstahl der Ehegatten,[4]) allein bei ernsteren Vergehen (*facinora*), so schon bei jeder *injuria* heisst es: *noxa caput sequitur.*[5])

[1]) *L.* 1 § 13 *D. de vi* 43, 16: *Quotiens verus procurator dejecerit, cum utrolibet eorum id est sive domino sive procuratore agi posse Sabinus ait.*

[2]) *L.* 9 *D. quod falso* 27, 6: *Hujus actionis exemplo Pomponius libro trigesimo primo scribit dandam actionem adversus eum, qui dolo malo adhibuit, ut alius auctoraretur inscius.*

[3]) *L.* 157 *D. de R. J.* 50, 17: *Ad ea, quae non habent atrocitatem facinoris vel sceleris, ignoscitur servis, si vel dominis vel his, qui vice dominorum sunt, veluti tutoribus et curatoribus obtemperaverint.*

[4]) *L.* 21 § 1 *D. de rer. amot.* 25, 2: *Si servus mulieris jussu dominae divortii causa res amoverit, Pedius putat nec furtum eum facere, quoniam nihil lucri sui causa contrectet nec videri furtum facienti opem ferre, cum mulier furtum non faciat, quamvis servus in facinoribus domino dicto audiens esse non debeat.* Vgl. *l.* 11 § 7 *D. quod vi* 43, 24.

[5]) *L.* 17 § 7 *D.* 47, 10: *Si jussu domini servus injuriam fecerit utique dominus convenire debet etiam suo nomine. sed si proponatur servus manumissus, placet Labeoni dandam in eum actionem, quia et noxa caput sequitur nec in omnia servus domino parere debeat: ceterum et si occiderit jussu domini Cornelia eum eximemus.*

L. 2 *D. de noxal.* 9, 2: *Si servus sciente domino occidit, in solidum dominum obligat, ipse enim videtur dominus occidisse: si autem insciente*

2. Der Anstifter bezw. der intellectuelle Urheber haftet solidarisch.[1])

Von letzterem ist aber wohl zu unterscheiden derjenige, der lediglich das Delict eines Anderen billigt oder selbst ihn dazu aufreizt, *qui exhortatur, mandatoris opera non fungitur* (*l.* 20 *D. de his qui* 3, 2). Das Kriterium liegt hier in dem Mangel eines practischen Interesses am Erfolge. Wo dagegen letzteres vorliegt, da ist sogar eine stillschweigende Genehmigung der Urheberschaft bezw. Anstiftung gleich zu setzen.[2]) Ja selbst die Ratihabition eines Delictes nach seiner Begehung ist der Anstiftung gleich zu achten, auch für Delicte gilt insofern der Satz *ratihabitio mandato comparatur*,[3]) als es sich um Aneignung des Erfolges und nicht bloss um theoretische Billigung handelt.

Das Bürgerliche Gesetzbuch stellt im § 830 die Anstifter und Gehülfen den Mitthätern gleich, d. h. sowohl der Thäter selbst als auch der Anstifter sind jeder (solidarisch) für den Schaden verantwortlich.

II. Die directe Stellvertretung beruht entweder auf Gesetz oder auf Rechtsgeschäft.

Gesetzliche Vertreter sind zunächst der Vater und die Mutter kraft ihrer elterlichen Gewalt, nach dem Bürgerlichen

noxalis est, nec enim debuit ex maleficio servi in plus teneri quam ut noxae eum dedat § 1. *Is qui non prohibuit, sive dominus manet sive desiit esse dominus hac actione tenetur.*

[1]) Vgl. *L.* 17 § 7 *D. cit. l.* 2 *D. cit.* in not. 5 S. 469 und *l.* 9 *D. cit.* in not. 2 S. 469.

[2]) Vgl. *L.* 2 § 1 *D. de nox.* 9, 2 in not. 20. *l.* 1 § 7 *D. ne vis* 43, 4: *Si domini vel patris voluntate prohibitus quis sit a possessione, in ipsos dabitur actio, quasi per alios hoc fecerint.*

[3]) *L.* 1 § 14 *D. de vi* 43, 16: *Sed et si quod alius dejecit, ratum habuero, sunt qui putent secundum Sabinum et Cassium, qui ratihabitionem mandato comparant, me videri dejecisse interdicto que certo teneri et hoc verum est: rectius enim dicitur in maleficio ratihabitionem mandato comparari. l.* 3 § 10 *D. eod: cum procurator armatus venit, et ipse dominus armis dejecisse videtur, sine mandaverit sive, ut Julianus ait, ratum habuit. l.* 2 § 43 *D. ne quid in loco publico* 43, 8.

Gesetzbuch auf Grund der §§ 1626, 1627, 1630, 1684;[1]) ferner der Vormund, der Beistand, der Pfleger, der Testamentsvollstrecker.[2]) Allerdings bedürfen die zuletzt genannten einer besonderen gerichtlichen Ernennung, man rechnet sie aber zu den gesetzlichen Vertretern, weil ihre Bestellung durch Gesetz angeordnet ist. Ebenso hat nach § 26 B.G.B. der Vorstand eines rechtsfähigen Vereines, obwohl durch Wahl nach der Verfassung, also durch Rechtsgeschäft im weiteren Sinne, berufen, „die Stellung eines gesetzlichen Vertreters". Selbstverständlich gilt dasselbe um so mehr von den Organen der öffentlichrechtlichen Körperschaften, es gilt ferner nach § 86 B.G.B. von den Verwaltern der Stiftungen.

Die rechtsgeschäftliche Vertretung, nach den Protocollen auch „gewillkürte" genannt, kann auf den verschiedensten privatrechtlichen Rechtsgeschäften beruhen, wird aber in der Regel auf Auftrag oder Dienstvertrag zurückzuführen sein.

§ 22.

Die directe (offene, unmittelbare) Stellvertretung. Die subjectiven Momente. Passive und active Vertretung. Vollmacht. *Falsus porcurator.* Das Contrahiren mit sich selbst. §§ 164—176, § 181 B.G.B.

I. Stellvertreter oder nach der Terminologie des Bürgerlichen Gesetzbuches „Vertreter" im juristischen Sinne (directer,

[1]) § 1626: Das Kind steht, so lange es minderjährig ist, unter elterlicher Gewalt.

§ 1627: Der Vater hat kraft der elterlichen Gewalt das Recht und die Pflicht, für die Person und das Vermögen des Kindes zu sorgen.

§ 1630: Die Sorge für die Person und das Vermögen umfasst die Vertretung des Kindes.

Die Vertretung steht dem Vater insoweit nicht zu, als nach § 1795 ein Vormund von der Vertretung des Mündels ausgeschlossen ist. Das Vormundschaftsgericht kann dem Vater nach § 1796 die Vertretung entziehen.

§ 1684: Der Mutter steht die elterliche Gewalt zu:

1. wenn der Vater gestorben oder für todt erklärt ist,

2. wenn der Vater die elterliche Gewalt verwirkt hat und die Ehe aufgelöst ist.

[2]) Vgl. §§ 1773ff., 1909ff., 2197ff. B.G.B.

unmittelbarer, offener) ist also nach vorstehendem Paragraphen derjenige, der ein Rechtsgeschäft für einen Anderen, auf dessen Namen abschliesst.

Wesentlich ist hiernach zunächst, dass der Vertreter handelt, d. h. rechtsgeschäftlich erhebliche Momente durch seinen eigenen Willen bestimmt, nicht bloss Willenserklärungen des Vertretenen bezüglich desselben vermittelt. Das Rechtsgeschäft als Handlung kommt ganz oder theilweise in der Person des Vertreters zu Stande, und nur die Wirkungen entstehen ausschliesslich für die Person des Vertretenen. Hieraus folgt, dass, soweit Vertretung vorliegt, — dieselbe braucht sich nicht auf alle Momente eines Rechtsgeschäftes zu erstrecken —, die für die Gültigkeit und Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes massgebenden Momente aus der Person des Vertreters zu entnehmen sind. Der Vertreter muss willensfähig, d. h. er darf nicht geschäftsunfähig sein. Allerdings darf er, da er nicht sich, sondern den Vertretenen verpflichtet, nach ausdrücklicher Bestimmung des § 165 B.G.B. in der Geschäftsfähigkeit beschränkt sein.[1]) Nach den Motiven I. S. 227 bezieht sich nämlich die Beschränkung der Geschäftsfähigkeit ihrem Grunde und Zwecke nach nur auf die eigenen Angelegenheiten des Betreffenden, es kann demnach ein Minderjähriger, ferner eine Person, die wegen Geistesschwäche, wegen Verschwendung oder wegen Trunksucht entmündigt ist oder, weil ihre Entmündigung beantragt ist, unter vorläufiger Vormundschaft steht (§ 114), als Vertreter gleichwohl für den Vertretenen vollwirksam Rechtsgeschäfte beschliessen;[2]) auf keinen Fall können ihn hieraus aber selber Verpflichtungen

[1]) § 165: „Die Wirksamkeit einer von oder gegenüber einem Vertreter abgegebenen Willenserklärung wird nicht dadurch beeinträchtigt, dass der Vertreter in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist.“

[2]) Dauert demnach eine Vollmacht, die zwei Verschwender sich gegenseitig kurz vor der Entmündigung heimlich gegeben haben, nach der Entmündigung fort? Cosack, Lehrbuch des D. bürgerl. R. I. S. 225 bejaht die Frage. Ich dagegen erblicke in diesem Vorgehen ein Handeln *in fraudem legis*, jedenfalls ist ein auf Grund solcher Vollmacht geschlossenes Rechtsgeschäft demjenigen gegenüber ungültig, der die Entmündigung des Vollmachtgebers kennt oder kennen muss. Vgl. ferner im Folgenden S. 474—479.

etwa wegen schlechter Führung der Vertretungsmacht treffen. Dagegen sind selbstverständlich Erklärungen, die der Vertreter in augenblicklicher Geistesstörung oder Bewusstlosigkeit (Bewusstseinstrübung, § 5 oben S. 122) abgiebt, nichtig. Des Weiteren entscheidet die Person des Vertreters, soweit es sich um die Uebereinstimmung des wirklichen Willens mit dem erklärten, um die Erheblichkeit von Zwang, Betrug, Irrthum, Wissen und Wissenmüssen handelt; etwaiger *dolus* des Vertreters, auch *culpa in contrahendo* werden dem Vertretenen aus der Person des Vertreters zugerechnet. Daraus folgt jedoch nicht, dass diese subjectiven Momente allein aus der Person des Vertreters entnommen werden können. Da vielmehr der Vertreter nicht nothwendig alle Momente eines Rechtsgeschäftes durch seinen Willen allein bestimmt, da vielmehr vielfach die Vertretung sich nur als eine Mitwirkung zum Zustandekommen des Rechtsgeschäftes darstellt, an der auch der Wille des Vertretenen sein Antheil behält, so sind auch des letzteren Willensmängel, sein *dolus,* seine *mala fides,* seine Kenntniss, sein Kennenmüssen, erheblich.[1])

So bemerken auch die Motive I. S. 227: „Bestimmt sich das Wissen und Wissenmüssen, soweit dasselbe rechtlich bedeutsam ist, grundsätzlich nach der Person des Vertreters, so kann doch das Wissen und Wissenmüssen des Vertretenen nicht unerheblich sein, wenn der Vertreter auf Grund rechtsgeschäftlicher Ermächtigung handelt und die Ermächtigung auf ein bestimmtes Rechtsgeschäft sich bezieht. Der Vertretene beeinflusst in einem solchen Falle die Willensentscheidung und hat Theil an derselben. Das Wissen und Wissenmüssen des Vertretenen muss daher die gleiche Wirkung haben, wie das Wissen und Wissenmüssen des Vertreters.“

Dies hätte der § 116 B.G.B. zum Ausdruck bringen sollen:

„Soweit die rechtlichen Folgen einer Willenserklärung durch Willensmängel oder durch Kenntniss

[1]) *L.* 34 *D.* 41, 2: *Sed si non mihi, sed procuratori meo possessionem tradas, videndum est, si ego errem, procurator meus non erret, an mihi possessio adquiratur et cum placeat ignoranti adquiri, poterit et erranti. sed si procurator meus erret, ego non errem, magis est, est adquiram possessionem.*

oder das Kennenmüssen gewisser Umstände beeinflusst werden, kommt nicht die Person des Vertretenen, sondern die des Vertreters in Betracht.“

„Hat im Falle einer durch Rechtsgeschäft ertheilten Vertretungsmacht (Vollmacht) der Vertreter nach bestimmten Weisungen des Vollmachtgebers gehandelt, so kann sich dieser in Ansehung solcher Umstände, die er selbst kannte, nicht auf die Unkenntniss des Vertreters berufen. Dasselbe gilt von Umständen, die der Vollmachtgeber kennen musste, sofern das Kennenmüssen der Kenntniss gleichsteht.“

Allein leider ist durch diese gesetzliche Fassung eine dem Rechtsgefühle und der gesunden wissenschaftlichen Auffassung entsprechende Regelung des Stellvertretungsverhältnisses nicht erfolgt, vielmehr lässt sich schon jetzt absehen, dass wenigstens die wörtliche Anwendung des § 116 vielfach zu offenbar unbilligen Entscheidungen im Einzelfalle führen kann: Vor Allem ist zu bedauern, dass es ausdrücklich als Regel hingestellt worden ist, soweit die rechtlichen Folgen einer Willenserklärung durch Willensmängel oder durch Kenntniss oder das Kennenmüssen gewisser Umstände beeinflusst werden, solle die Person des Vertretenen überhaupt nicht in Betracht kommen, und dass hiervon nur eine sehr beschränkte Ausnahme im Absatz 2 für den Fall der durch Rechtsgeschäfte ertheilten Vertretungsmacht zugelassen wird. Entspricht es etwa dem im Verkehr herrschenden Begriffe von Treu und Glauben, wenn beispielsweise der A., ein wegen Verschwendung Entmündigter, die Kenntniss von einem, seinen rechtlichen Erwerb hindernden oder die Anfechtung ihm gegenüber, wenn er Selbstcontrahent wäre, rechtfertigenden, Umstande besitzt, und B., sein Vormund, möglicher Weise gar in seinem persönlichen Beisein, nunmehr das Erwerbsgeschäft ohne diese Kenntniss abschliesst, das Rechtsgeschäft als gültig anzuerkennen bezw. die Anfechtung zu versagen? Und doch kann man bei wörtlicher Auslegung des § 116 B.G.B. zu diesem unbilligen Ergebnisse gelangen. So z. B. entscheidet Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts I. S. 226: „Der minder-

jährige A. weiss, dass sein Freund C. Werthpapiere gestohlen hat, aber nicht zu verkaufen wagt; er bittet seinen Vormund C., die Papiere für ihn zu erwerben, natürlich ohne zu erwähnen, dass sie gestohlen sind; C. thut dies auch wirklich; A. wird dadurch gemäss B.G.B. §§ 932, 935 [1]) Eigenthümer der Papiere; denn seine eigene Unredlichkeit schadet ihm nichts, da hier nicht eine Vertretung kraft Vollmacht, sondern kraft gesetzlicher Vertretungsmacht vorliegt."

Aber auch bei rechtsgeschäftlicher Vertretungsmacht sind analoge Fälle denkbar: Der Principal A. steht vielleicht dabei, während sein Procurist C., dem er eine ganz selbständige Geschäftsführung gestattet, ein Rechtsgeschäft für ihn abschliesst, das mangels seiner eigenen *bona fides*, beispielsweise, weil er die volle Kenntniss der schon eingetretenen Zahlungsunfähigkeit des dritten Contrahenten hat, anfechtbar sein würde, wenn er selber abschlösse; er kann sich aber nach § 116 Abs. 2 darauf berufen, dass sein Procurist nicht nach seinen bestimmten Weisungen gehandelt habe. Diese Fälle bestätigen, dass derjenige Antrag, der laut den Protocollen der Commission für die II. Lesung I. S. 142 ff. die Streichung des § 116 befürwortete, nicht unbegründet war: Die Entscheidung der hier geregelten

[1]) § 932: „Durch eine nach § 929 (Tradition) erfolgte Veräusserung wird der Erwerber auch dann Eigenthümer, wenn die Sache nicht dem Veräusserer gehört, es sei denn, dass er zu der Zeit, zu der er nach diesen Vorschriften das Eigenthum erwerben würde, nicht im guten Glauben ist. In dem Falle des § 929 Satz 2 (*brevimanu traditio*) gilt dies jedoch nur dann, wenn der Erwerber den Besitz von dem Veräusserer erlangt hatte.

Der Erwerber ist nicht in gutem Glauben, wenn ihm bekannt oder in Folge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, dass die Sache nicht dem Veräusserer gehört."

§ 935: „Der Erwerb des Eigenthums auf Grund der §§ 932 bis 934 tritt nicht ein, wenn die Sache dem Eigenthümer gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen war. Das Gleiche gilt, falls der Eigenthümer nur mittelbarer Besitzer war, dann, wenn die Sache dem Besitzer abhanden gekommen war.

Diese Vorschriften finden keine Anwendung auf Geld oder Inhaberpapiere sowie auf Sachen, die im Wege öffentlicher Versteigerung veräussert werden."

Fragen, meinte der Antragsteller mit Recht, sei nicht Aufgabe des Gesetzes, sondern der Wissenschaft. Es handle sich bei derselben darum, aus dem richtig erfassten Begriffe der directen Stellvertretung Folgerungen zu ziehen. Auch für die Praxis bestehe kein Bedürfniss zu gesetzgeberischem Eingreifen. Dem Richter biete die Entscheidung auf Grund der concreten Sachlage keine besonderen Schwierigkeiten. Eine zutreffende gesetzliche Regelung lasse sich nur durch eine weitgehende Casuistik erzielen. Der Einfluss, den das Wollen und Wissen des Vertretenen einerseits und des Vertreters andererseits auf ein von dem Vertreter vorgenommenes Rechtsgeschäft üben könne, gestalte sich zu verschiedenartig, als dass die Aufstellung einer allgemeinen Regel statthaft wäre.

Uebrigens bin ich der Ansicht, dass vor einer wissenschaftlich-logischen, nicht gesetzlich-grammatischen Auslegung die Cosacksche Entscheidung nicht Stich hält. Doch wird es nicht leicht sein, erstere immer mit Erfolg zur Geltung zu bringen. Offenbar beruht die Cosack'sche Entscheidung auf dem stets bedenklichen *argumentum a contrario*: *exceptio firmat regulam.* Aber vielleicht lässt sich doch im vorliegenden Falle nachweisen, dass die Regel auch noch in anderen Fällen eine Ausnahme zulässt. Die Mehrheit der Gesetzgebungscommission hat nämlich, wie die Protocolle I. S. 143, die Regel nur aus dem merkwürdigen Grunde im Gesetze zum Ausdruck gebracht, weil sie es für erforderlich hielt, dem Richter die practische Erheblichkeit gerade dieser Ausnahme einzuschärfen. „Der in § 118 (jetzt § 166 Abs. 2) aufgenommene Satz verstehe sich nicht von selbst; ohne denselben würde auch in dem Falle des § 118 (jetzt § 166 Abs. 2) an sich die Regel des § 117 (jetzt § 166 Abs. 1) Platz greifen müssen, sofern man nicht annehme, dass aus der Kenntniss des Vertretenen dem Dritten eine *exceptio doli* erwachse; bedürfe aber die Ausnahme des § 118, (jetzt § 166 Abs. 2) eines gesetzlichen Ausspruchs, so müsse auch die Regel des § 117 im Gesetze zum Ausdrucke gelangen.“ — Man sieht, es ist ein bedenkliches Ding, eine Regel nur

deshalb aufzustellen, um eine Ausnahme zu begründen. Ich meine, der Gesetzgeber hat lediglich dem *dolus* des Vertretenen entgegentreten, nicht aber ihm Thor und Thür öffnen wollen. Geht man von dieser dem Gesetzgeber günstigsten Voraussetzung aus, so muss man auch in Fällen gesetzlicher Vertretung die Wissenschaft des Vertretenen, vorausgesetzt, dass dieser überall geschäftlich zurechnungsfähig, ihm ebenso wie andere Willensmängel zurechnen.

Die Gesetzgebungscommission ist sich der Tragweite ihres in Abs. 1 des § 166 aufgestellten Satzes gar nicht bewusst gewesen, sie hat offenbar geglaubt, nur eine wissenschaftliche Wahrheit zum Ausdruck zu bringen. Mit dem Nachweise ihres wissenschaftlichen Irrthums fällt daher die bindende Kraft dieses Abs. 1 § 166 für den Richter. Nun aber bleibt offenbar auch das von einem directen Stellvertreter abgeschlossene Rechtsgeschäft immer ein Geschäft des Vertretenen, er (der Vertretene) ist Subject des Rechtsgeschäftes. Eben dies unterscheidet ja die directe Stellvertretung von sog. indirecter Stellvertretung (Ersatzmann) und von Verträgen zu Gunsten Dritter. Daher müssen auch seine subjectiven Beziehungen zu dem Geschäfte, seine etwaigen „Willensmängel", vor allem sein *dolus*, seine *mala fides*, sein Wissen und Wissenmüssen berücksichtigt werden; glücklicher Weise lässt sich in dem Falle des *dolus* (also gegen Cosack's gedachte Entscheidung) auch Satz 2 des § 123 B.G.B. verwerthen: „Soweit ein Anderer als derjenige, welchem gegenüber die Erklärung abzugeben war, aus der Erklärung unmittelbar ein Recht erworben hat, ist die Erklärung ihm gegenüber anfechtbar, wenn er die Täuschung kannte oder kennen musste." Denn wenn hiernach dem, der unmittelbar ein Recht aus der Erklärung eines Anderen erwirbt, — und dieses ist ja gerade bei der directen Stellvertretung vorzugsweise der Fall, — schon die blosse Kenntniss oder das Kennenmüssen des *dolus* des Anderen (des Vertreters) entgegensteht, um wieviel mehr sein eigener *dolus!* Ich erinnere aber daran, dass (vergl. § 19 oben) *dolus* Alles ist, was gegen Treu und Glauben verstösst. Zweifellos verstösst nun ein auch nur passives Verhalten des Vertretenen bei Abschluss eines Rechtsgeschäftes durch seinen *bona fide*

handelnden Stellvertreter, d. h. eben die Benutzung dieser *bona fides*, gegen Treu und Glauben. Auf diesem logischen Umwege, der darum gleichwohl logisch richtig ist, wird man die Schädlichkeit des Abs. 1 § 166 B.G.B. zu paralysiren haben. Ferner hat man die Voraussetzung der Ausnahme Abs. 2 § 166, „dass der Vertreter nach bestimmten Weisungen des Vollmachtgebers gehandelt“ habe, nicht restrictiv, sondern möglichst weitherzig auszulegen. Insofern bemerkt mit Recht Plank, Commentar zu § 166 n. 2: „Es kommt nicht darauf an, dass die Vollmacht selbst eine begrenzte ist, sondern nur darauf, dass der Bevollmächtigte nach bestimmten Weisungen des Vollmachtgebers gehandelt hat, mögen diese in der Vollmacht selbst enthalten oder dem Bevollmächtigten auf Grund des zwischen ihm und dem Vollmachtgeber bestehenden obligatorischen Verhältnisses, z. B. des Auftrags oder Dienstverhältnisses, ertheilt sein. Ferner ist nicht erforderlich, dass die Weisung des Vollmachtgebers auf Vornahme eines bestimmten Rechtsgeschäftes geht. Es genügt, dass in irgend einer Beziehung eine bestimmte Weisung vorliegt und der Bevollmächtigte nach dieser gehandelt hat.“ — Schliesslich glaube ich auch, dass auf Grund des Bürgerlichen Gesetzbuches an der Allgegenwart der *doli exceptio generalis* festzuhalten ist, *quae bonae fidei negotiis tacite inest*, — es sind aber sämmtliche Geschäfte des Verkehrs heutzutage nach „Treu und Glauben“ auszulegen, (§ 157) und nicht nur auszulegen, sondern, was wichtiger ist, zu beurtheilen. — Es muss daher, wo nur immer der Vertretene überhaupt subjectiv zurechnungsfähig ist, stets die subjective Beziehung des Vertretenen zu einem speciellen Geschäfte, auch bei nicht rechtsgeschäftlicher Vertretung, also z. B. bei einem Vereine, als rechtserheblich anerkannt werden. Das dies nach Pandektenrecht zweifellos war, liesse sich mit zahllosen Stellen belegen.[1])

[1]) Vgl. *L.* 17 *D.* § 17 *de doli mali exc.* 44, 4: *In hac exceptione et de dolo servi vel alterius personae nostro juri subjectae excipere possumus et de eorum dolo, quibus adquiritur.*

§ 18 *eodem*: *Madari Titio, uta to stipularetur, deinde Titius Sejo,*

Richtig ist nur, dass bei nichtrechtsgeschäftlicher Vertretung, z. B. bei Vertretung einer juristischen Person, in Ermangelung eines wirklichen subjectiver (psychologischer) Zustände fähigen Subjects und bei einem noch handlungsunfähigen Minderjährigen oder Wahnsinnigen, deren subjective Beziehungen zur Aussenwelt überhaupt rechtlich bedeutungslos sind, sog. „Willensmängel" juristisch ausgeschlossen sind.[1]) Bei einem Vereine dagegen und ferner bei allen juristischen Personen, die besondere Vertreter im Sinne des § 30 B.G.B.[2]) besitzen, kann der „Vertretene", d. h. der Verein oder der Vorstand selbst, sehr wohl in Beziehung auf ein bestimmtes Geschäft in *mala fide* sein, während der besondere Vertreter, der mit Wissen des „Vereins" bezw. des Vorstandes, oder gar auf besondere Weisung das Geschäft abschliesst, *bona fide* ist. In diesen Fällen müsste eine wörtliche Anwendung des § 166 B.G.B. zu einem Verstosse gegen die allgemeinen Grundsätze von Treu und Glauben führen. Nach § 21 not. 3 S. 470 würde aber pandektenrechtlich in solchen

et stipulatus a te Sejus est et judicium edidit: ait Labeo excipiendum esse tam de meo quam et Seji dolo. Vgl. noch Note 1 S. 469, Note 2 S. 470.

Die Römer gingen von diesem Grundsatze sogar bei der indirekten Stellvertretung aus; um wie vielmehr müssten wir ihn bei der direkten anerkennen?

[1]) Gleichwohl bleibt der Satz des § 166 Abs. 1., dessen Gegentheil richtiger wäre, ein klassisches Beispiel für die Bedenklichkeit positiver gesetzlicher Normirung von Rechtsgrundsätzen, die schlechterdings der Wissenschaft, dem mit Unrecht so verrufenen „Naturrecht", dem Rechte der inneren Autorität vorbehalten bleiben sollten, und dies sind so ziemlich sämmtliche Lehren des allgemeinen Theils. Unser Bürgerliches Gesetzbuch würde vielleicht ein ganz klein wenig besser werden, wenn diejenigen Titel seines ersten Buchs, die sich auf solche Gegenstände beziehen, vor allem der Abschnitt III, gestrichen und der immerhin doch entwicklungsfähigen und elastischen, wenn auch nicht irrthumslosen Wissenschaft und Praxis freigegeben würden.

[2]) § 30 B.G.B.: „Durch die Satzung kann bestimmt werden, dass neben dem Vorstande für gewisse Geschäfte besondere Vertreter zu bestellen sind. Die Vertretungsmacht eines solchen besondern Vertreters erstreckt sich im Zweifel auf alle Rechtsgeschäfte, die der ihm zugewiesene Geschäftskreis mit sich bringt."

Fällen sogar die nachträgliche Ratihabition eines solchen Geschäftes als *dolus* erscheinen.

II. Die Stellvertretung hat eine active und passive Bedeutung, d. h. der Vertreter gilt innerhalb der ihm übertragenen Vertretungsmacht nicht nur als Erklärungsorgan, Mundstück des Vertretenen, sondern auch als Empfangsorgan für rechtlich bedeutsame Mittheilungen; was dem Vertreter mitgetheilt ist, ist dem Vertretenen mitgetheilt, er ist nicht nur „Mund", sondern auch „Auge und Ohr" des Vertretenen. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat freilich diese passive Vertretung nur bei der „gesetzlichen" Vertretung der Vereine berücksichtigt. Vergl. § 28 [1]) B.G.B. und S. 204, 205 oben. Der hier aufgestellte Satz ist aber entsprechend auch auf jede rechtsgeschäftliche Vertretung anzuwenden. Dies hat besondere Bedeutung für die sog. Collectivvollmacht, d. h. für den Fall, dass mehreren Personen in der Weise eine Vertretung übertragen ist, dass sie nur gemeinsam handeln können. Eine solche Collectivvollmacht z. B. Collectivprocura, kann nur die active Seite des Vertretungsverhältnisses betreffen; passiv zur Empfangnahme rechtlich bedeutsamer Mittheilungen ist jeder einzelne Mitinhaber einer solchen Collectivvertretungsmacht berechtigt und auch das zufällige Wissen, *mala fides*, *dolus conscientia fraudis* eines einzelnen Trägers solcher Collectivvertretungsmacht muss als Wissen, *mala fides, conscientia fraudis* der gesammten Vertretungsmacht und somit des Vertretenen selber gelten.

III. Der Vertreter handelt im Namen des Vertretenen. Hierdurch unterscheidet er sich vom „Ersatzmann", dem auch sog. stillen oder indirecten Stellvertreter. Darin liegt, dass zum Begriff der echten Stellvertretung eine erkennbare Bezugnahme auf den Vertretenen, Kundgebung des Vertretungswillens, *contemplatio domini* gehört.[2]) Diese Kundgebung des Vertretungswillens „bildet einen wesentlichen Bestandtheil des in Vertretung vorgenommenen Rechtsgeschäfts; sie ergiebt

[1]) § 28 Abs. 2 B.G.B.: „Ist eine Willenserklärung dem Vereine gegenüber abzugeben, so genügt die Abgabe gegenüber einem Mitgliede des Vorstandes."

[2]) Vgl. Mitteis, a. a. O. S. 138 ff.

den Träger der durch dasselbe zu beschaffenden Rechte und Verpflichtungen." Wie jede Willenserklärung, so kann auch diese Kundgebung ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen (Motive I. S. 225). Daher sagt ausdrücklich § 164 S. 2: „Es macht keinen Unterschied, ob die Erklärung ausdrücklich im Namen des Vertretenen erfolgt oder ob die Umstände ergeben, dass sie in dessen Namen erfolgen soll."

Von besonderer Wichtigkeit ist diese Kundgebung beim Besitzerwerb. Liegt eine solche concludente Stellvertretung bei Besitzübertragung vor, so kommt selbst auf einen innerlich abweichenden Willen des Vertreters nichts an.[1]) Diese Concludenz kann auch in einem Dienstverhältnisse des Vertreters liegen. Wenn also z. B. meine Haushälterin in meinem Auftrage, aber ohne Kundgebung ihres Vertretungsverhältnisses, ein Dutzend silberne Löffel für mich kauft, so kann ich, falls diese vor der Ablieferung an mich bei ihr auf Grund eines Vollstreckungstitels gegen sie gepfändet werden, die Interventionsklage erheben.[2]) Allerdings bestimmt B.G.B. § 164 Abs. 2:

> „Tritt der Wille, in fremdem Namen zu handeln nicht erkennbar hervor, so kommt der Mangel des Willens, im eigenen Namen zu handeln, nicht in Betracht."

Aber es wäre falsch, aus dieser Bestimmung *per argumentum a contrario* die Beseitigung des obigen pandektenrechtlichen Satzes zu folgern, wo die Umstände, insbesondere also das Dienstverhältniss, auf das Vertretungsverhältniss hinweisen. Der entgegengesetzte Schluss dürfte richtiger sein. Weder der von dem Auftrage abweichende innere Wille des Vertreters, im eigenen Namen zu handeln, noch der Mangel dieses Willens sind erheblich, wo die Umstände, das objective Sachverhältniss, die *causa* den Besitzerwerb bestimmen. Wir werden darauf bei der Lehre vom Besitzerwerb, wo wir die sog. Objectivitätstheorie genauer begründen werden, zurückkommen.

[1]) *L.* 3 § 18. *L.* 47 *D. h. t.* 41, 2. *l.* 67 *pr. D. de furt.* 47, 2.

[2]) Vgl. Eck, Vorträge S. 66 gegen Plank, Comm. note 2 zu § 164.

Meines Erachtens ist die Vorschrift des Abs. 2. cit. ausschliesslich im Interesse des anderen Contrahenten eingeführt und, sofern dieser kein erhebliches Interesse daran hat, dass gerade der Vertreter persönlich erwirbt, hat der Vertretene zum Mindesten eine *actio utilis* aus dem stillschweigend für ihn abgeschlossenen Vertrage, erlangt auch Besitz und Eigenthum.

Diese „aus den Umständen sich ergebende" Vertretung ist auch bei einseitigen Rechtsgeschäften, wie insbesondere bei der Occupation, Aneignung herrenloser Sachen und Früchte, Specification zu beachten. Mit Unrecht meint Endemann, Einf. in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuches I. S. 339 (3. 1. Aufl.), eine Vertretung „durch thatsächliches Handeln" dieser Art sei im Bürgerlichen Gesetzbuche ausgeschlossen, weil der § 164 eine „Willenserklärung" voraussetze. Nach unserer Begriffsbestimmung (siehe S. 334 ff. oben) ist Willenserklärung nichts als die Realisirung des rechtsgeschäftlichen Willens, einerlei, ob es sich um einseitige oder zweiseitige Rechtsgeschäfte handelt. Zweifelsohne sind aber jene einseitigen Erwerbshandlungen Rechtsgeschäfte (vergl. S. 308 oben). Es kommt bei diesen einseitigen Rechtsgeschäften lediglich darauf an, ob der Beauftragte dem Auftraggeber ganz allgemein seine Dienste in der fraglichen Richtung zur Verfügung gestellt hat oder bloss die einzelne Leistung: wenn ich einen in meinen Diensten stehenden Jäger beauftrage, ein Reh zu schiessen, so erwirbt derselbe für mich im Augenblicke der Occupation Besitz und Eigenthum, sollte er selbst in diesem Augenblicke den abweichenden inneren Willen haben, das Reh für sich zu behalten;[1]) er begeht ein *furtum*, aber erst, wenn er thatsächlich das Reh für sich auf die Seite bringt. Anders, wenn ich einem selbständigen Jäger einen solchen Auftrag er-

[1]) *L.* 3 § 18 *D. de adqu. poss.* 41, 2: *Si rem apud te depositam furti faciendi causa contrectaveris, desino possidere. sed si eam loco non moveris et infitiandi animum habeas, plerique veterum et Sabinus et Cassius recte responderunt possessorem me manere, quia furtum fieri sine contrectatione non potest nec animo furtum admittatur.*

theile: Dieser kann vor oder bei und selbst nach der Erlegung des Rehs seine Absicht ändern, er ist blosser „Ersatzmann“, handelt für meine Rechnung, nicht in meinem Namen, und ich erhalte den Besitz erst von ihm mit der Tradition.[1])

Nach der Lehre Endemann's würde das Bürgerliche Gesetzbuch unseren Verkehr ohne allen Grund um eine Function der Stellvertretung gebracht haben, die ebenso unentbehrlich ist, wie die Stellvertretung bei zweiseitigen Rechtsgeschäften. Eine juristische Person oder ein Unmündiger könnten darnach durch seine Aneignungsacte überhaupt nicht erwerben, sofern nicht etwa ihre „gesetzlichen“ Vertreter selbst handelten

IV. Die Vertretungsmacht beruht, wie wir gesehen haben, entweder auf einem gesetzlichen Titel (z. B. beim Vormund) oder auf dem Statut einer juristischen Person, und heisst dann nach der besonderen Terminologie des Bürgerlichen Gesetzbuches gesetzlich oder sie beruht auf einem besonderen Rechtsgeschäft, durch welches die Ermächtigung zur Vertretung ertheilt wird. Nur in letzterem Falle bezeichnet sie das Bürgerliche Gesetzbuch als Vollmacht. Da die rechtsgeschäftliche Ermächtigung in den meisten Fällen auf einem Mandat (Auftrag) beruht, so hat die ältere Theorie irrthümlich Vollmacht und Mandat identificirt, man nannte gewöhnlich den Auftrag die innere, Vollmacht die äussere Seite des Mandats.[2])

Allein die Vollmacht ist keine blosse Qualification des Mandats, sondern ein einseitiges Rechtsgeschäft, das als solches, abgesehen von dem ihm zu Grunde liegendem Rechtsverhältnisse, den Vollmachtgeber bindet und dem Bevollmächtigten die Macht zum Handeln im Namen des Vollmachtgebers (Vertretungsmacht) gewährt; insofern ist es abstract in demselben Sinne, in welchem die Tradition abstract ist, da ihr die verschiedenartigsten Rechtsverhältnisse und keineswegs bloss Auftrag zu Grunde liegen können. Die Vollmacht kann auf einem Dienstvertrage, einem Gesellschaftsvertrage, ja auf

[1]) Vgl. v. Ihering, Dogmat. Jahrb. I S. 335 ff.

[2]) Windscheid, Pand. I § 74.

einem entgeltlichen Rechtsgeschäfte, auch auf einem unentgeltlichen (z. B. Schenkung)[1]) beruhen, nach dem wissenschaftlichen Begriffe auch auf einem gesetzlichen Titel, z. B. einem Amte, und es ist ganz ungerechtfertigt, dass das Bürgerliche Gesetzbuch jetzt den Ausdruck der Vollmacht auf die rechtsgeschäftlich übertragene beschränkt wissen will. Auch, wo die Vollmacht auf einem Auftrage beruht, handelt der Vertreter nicht kraft des Auftrages, sondern kraft der ihm ertheilten Vollmacht.[2]) Es ist auch sehr wohl möglich, dass der Auftrag gültig, die Vollmacht dagegen — z. B. wegen Verabsäumung der erforderlichen Form — nichtig ist; aber auch das Umgekehrte ist denkbar. Auch kann ja ein Auftrag ohne Vollmacht ertheilt werden, z. B. ein Auftrag, den der Mandatar in der Art ausführen soll, dass er im eigenen Namen (als „Ersatzmann") contrahirt.

Diesen selbständigen Charakter der Vollmacht hat das Bürgerliche Gesetzbuch anerkannt, wenn es in § 167 sagt:

> „Die Ertheilung der Vollmacht erfolgt durch Erklärung gegenüber dem zu Bevollmächtigenden oder dem Dritten, dem gegenüber die Vertretung stattfinden soll."
>
> „Die Erklärung bedarf nicht der Form, welche für das Rechtsgeschäft bestimmt ist, auf das sich die Vollmacht bezieht."

Die Vollmacht selbst ist darnach nichts anderes als die von jeder ihr zu Grunde liegenden Causa bis zu einem gewissen Grade unabhängig gewordene Vertretungsmacht. Sie braucht nicht, wird aber in der Regel durch eine Urkunde repräsentirt sein. Die Vollmachtsertheilung aber ist ein besonderes, allgemeines (abstractes) einseitiges und empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft.

Als empfangsbedürftig hat es nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche die Eigenthümlichkeit, dass der Empfänger der Erklärung alternativ bestimmt ist, entweder ist es der zu Bevoll-

[1]) Der A. bevollmächtigt den B. eine Zahlung in Empfang zu nehmen, deren Betrag er ihm zum Voraus geschenkt hat.

[2]) Vgl. Entsch. des R.O.H. II S. 402 ff.

mächtigende oder der Dritte, dem gegenüber die Vertretung stattfinden soll; natürlich aber wird der erstere stets Kenntniss von der Vollmachtsertheilung erlangen müssen, ehe er auf Grund derselben als Vertreter handelt.

Dennoch ist die Vollmacht nicht in demjenigen Sinne ein abstractes Rechtsgeschäft, dass ihre Existenz durch die Nichtigkeit der ihr zu Grunde liegenden Causa gar nicht berührt würde? Dies geht aus S. 1 § 168 B.G.B. hervor: „Das Erlöschen der Vollmacht bestimmt sich nach dem ihrer Ertheilung zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse." Darnach erlischt eine durch Auftrag ertheilte Vollmacht von selbst mit dem Widerruf dieses Auftrages, ferner eine auf einem Dienstvortrage beruhende mit der Aufhebung des Dienstvertrages.

Daher bemerken auch die Protocolle I. S. 145 „dass die Vollmacht kein abstractes Rechtsgeschäft bilde, sich vielmehr stets an ein anderes Rechtsverhältniss anlehne und mit dessen Existenz stehe und falle". Abstract ist das Rechtsgeschäft der Vollmachtsertheilung allerdings nicht im Gegensatz zu causal, — wie denn überhaupt die herrschende Lehre vom causalosen Rechtsgeschäft sehr anfechtbar ist —, wohl aber im Gegensatz zu „individuell" (vergl. S. 320 oben). Die durch sie gegebene selbständige Vertretungsmacht (Verfügungsmacht) bleibt *unabhängig* von dem ihr zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse bestehen, *soweit es die Verkehrssicherheit und der Schutz des guten Glaubens erfordert, und nicht weiter*. Dies ist das gemeinsame Princip, das den folgenden Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches zu Grunde liegt:

§ 169: „Soweit nach den §§ 674, 729[1]) die erloschene Vollmacht eines Beauftragten oder eines geschäftsführenden Gesellschafters als fortbestehend gilt, *wirkt sie nicht zu Gunsten eines Dritten, der bei der*

[1]) § 674: „Erlischt der Auftrag in anderer Weise als durch Widerruf, so gilt er zu Gunsten des Beauftragten gleichwohl als fortbestehend, bis der Beauftragte von dem Erlöschen Kenntniss erlangt oder das Erlöschen kennen muss."

§ 729: „Wird die Gesellschaft in anderer Weise als durch Kündigung

Vornahme eines Rechtsgeschäftes das Erlöschen kennt oder kennen muss."

§ 170: „Wird die Vollmacht durch Erklärung gegenüber einem Dritten ertheilt, so bleibt sie diesem gegenüber in Kraft, bis ihm das Erlöschen von dem Vollmachtgeber angezeigt wird."

§ 171: „Hat Jemand durch besondere Mittheilung an einen Dritten oder durch öffentliche Bekanntmachung kundgegeben, dass er einen Anderen bevollmächtigt habe, so ist dieser auf Grund der Kundgebung im ersteren Falle dem Dritten gegenüber zur Vertretung befugt. Die Vertretungsmacht bleibt bestehen, bis die Kundgebung in derselben Weise, wie sie erfolgt ist, widerrufen wird."

§ 172: „Der besonderen Mittheilung einer Bevollmächtigung durch den Vollmachtgeber steht es gleich, wenn dieser dem Vertreter eine Vollmachtsurkunde ausgehändigt hat und der Vertreter sie dem Dritten vorlegt. Die Vertretungsmacht bleibt bestehen, bis die Vollmachtsurkunde dem Vollmachtgeber zurückgegeben oder für kraftlos [1]) erklärt wird."

§ 173: „Die Vorschriften des § 170, des § 171 Abs. 2 und des § 172 Abs. 2 finden keine Anwendung,

aufgelöst, so gilt die einem Gesellschafter durch den Gesellschaftsvertrag übertragene Befugniss zur Geschäftsführung zu seinen Gunsten gleichwohl als fortbestehend, bis er von der Auflösung Kenntniss erlangt oder die Auflösung kennen muss."

[1]) § 176: „Der Vollmachtgeber kann die Vollmachtsurkunde durch eine öffentliche Bekanntmachung für kraftlos erklären; die Kraftloserklärung muss nach den für die öffentliche Zustellung einer Ladung geltenden Vorschriften der Civilprocessordnung veröffentlicht werden. Mit dem Ablaufe eines Monats nach der letzten Einrückung in die öffentlichen Blätter wird die Kraftloserklärung wirksam.

Zuständig für die Bewilligung der Veröffentlichung ist sowohl das Amtsgericht, in dessen Bezirke der Vollmachtgeber seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, als das Amtsgericht, welches für die Klage auf Rückgabe der Urkunde, abgesehen von dem Werthe des Streitgegenstandes, zuständig sein würde. Die Kraftloserklärung ist unwirksam, wenn der Vollmachtgeber die Vollmacht nicht widerrufen kann."

wenn der Dritte das Erlöschen der Vertretungsmacht bei der Vornahme des Rechtsgeschäftes kennt oder kennen muss."

Im Uebrigen äussert sich die Selbständigkeit der Vollmachtsertheilung neben dem ihr zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse noch dadurch, dass nach § 168 S. 2 die Vollmacht auch bei dem Fortbestehen des Rechtsverhältnisses widerruflich ist, sofern sich nicht aus diesem ein Anderes ergiebt. Die Frage, ob eine Vollmacht widerruflich ist oder nicht,[1]) beantwortet sich also lediglich nach dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse. Die Widerruflichkeit wird hiernach die Regel bilden überall, wo die Vollmacht ausschliesslich im Interesse des Vollmachtgebers ertheilt ist, unwiderruflich dagegen, bezw. nur nach den besonderen Regeln des zu Grunde liegenden Geschäftes widerruflich können sein die sog. Vollmachten *in rem suam*, Vollmachten, Leistungen von einem Anderen zu erheben, mit der Erlaubniss, diese Leistung für sich zu behalten (zwecks Schenkung, Darlehens, *solutionis causa*), ferner Vollmachten, denen ein gemeinschaftliches Interesse des Vollmachtgebers und Vollmachtnehmers zu Grunde liegt, z. B. beim Gesellschaftsvertrag.[2])

V. Der Umfang einer Vollmacht kann gesetzlich bestimmt sein. Dies ist der Fall bei allen gesetzlichen Vollmachten, die man so nennten könnte, weil die Vollmacht durch ein Gesetz ertheilt ist, die aber freilich nach der beschränkten Terminologie des Bürgerliches Gesetzbuch (§§ 164, 167) eigentlich nicht mehr Vollmachten genannt werden dürfen, z. B. bei der Vertretungsmacht des Vormundes, des Vorstandes eines Vereins u. s. w. Es giebt aber auch rechtsgeschäftliche Vollmachten, deren Umfang gleichwohl gesetzlich fixirt ist in dem Sinne, dass nur eine ausdrückliche Beschränkung

[1]) Der Entwurf I § 119 hatte sie schlechthin für widerruflich erklärt nach dem Vorgange des Schweizer Obligationenrechts. Art. 40.

[2]) Vgl. Zitelmann, Die Rechtsgeschäfte im Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich (Beiträge zur Erläuterung und Begutachtung des Entwurfs IXX. S. 89—91.)

dieser Vollmachten Dritten gegenüber wirksam ist. Dies sind gesetzliche Vollmachten im engeren Sinne. Schon das Pandektenrecht kennt eine solche gesetzliche Vollmacht beim Institor, d. h. der in einem Handelslocale oder überhaupt zum Betriebe gewisser Handelsgeschäfte angestellten Person. Derselbe gilt für ermächtigt, die in dem Handelslocal üblichen Geschäfte für den Principal abzuschliessen, sofern nicht ein öffentlicher Anschlag dies verbietet[1]) oder dem Dritten besonders ein Verbot des Abschlusses beim einzelnen Rechtsgeschäft kund geworden ist.[2]) Im modernen Handelsrecht ist eine solche gesetzlich ihrem Umfange nach bestimmte Vollmacht die des Procuristen,[3]) des Handlungsbevollmächtigten,[4]) des

[1]) *L.* 3 *D. h. t.* 14. 3: *Institor appellatus est ex eo, quod negotio gerendo instet: nec multum facit, tabernae sit propositus an cuilibet alii negotiationi.*

l. 2 *D. eod: De quo palam proscriptum est, ne cum eo contrahatur, is praepositi loco non habetur: non enim permittendum erit, cum institore contrahere, sed si quis nolit contrahi, prohibeat: ceterum qui praeposuit tenebitur ipsa praepositione.*

[2]) *L.* 11 § 5 *h. t.: sed et si denuntiavit cui, ne cum eo contraheret, non debet institoria teneri: nam et certam personam possumus prohibere cum eo contrahere vel certum genus hominum vel negotiatorum: vel certis hominibus permittere.*

[3]) § 49 H.G.B.: „Die Procura ermächtigt zu allen Arten von gerichtlichen und aussergerichtlichen Geschäften und Rechtshandlungen, die der Betrieb eines (d. h. irgend eines) Handelsgewerbes mit sich bringt.

Zur Veräusserung und Belastung von Grundstücken ist der Procurist nur ermächtigt, wenn ihm diese Befugniss besonders ertheilt ist."

[4]) § 54 H.G.B.: „Ist Jemand ohne Ertheilung der Procura zum Betrieb eines Handelsgewerbes oder zur Vornahme einer bestimmten zu einem Handelsgewerbe gehörigen Art von Geschäften oder zur Vornahme einzelner zu einem Handelsgewerbe gehöriger Geschäfte ermächtigt, so erstreckt sich die Vollmacht (Handlungsvollmacht) auf alle Geschäfte und Rechtshandlungen, die der Betrieb eines derartigen Handelsgewerbes oder die Vornahme derartiger Geschäfte mit sich bringt.

Zur Veräusserung oder Belastung von Grundstücken, zur Eingehung von Wechselverbindlichkeiten, zur Aufnahme von Darlehen und zur Processführung ist der Handlungsbevollmächtigte nur ermächtigt, wenn ihm eine solche Befugniss besonders ertheilt ist.

Sonstige Beschränkungen braucht ein Dritter nur dann gegen sich gelten zu lassen, wenn er sie kannte oder kennen musste."

offenen Gesellschafters[1]) u. A., nach der Civilprocessordnung hat der Processbevollmächtigte eine solche gesetzliche Vollmacht.[2])

Abgesehen von solchen gesetzlich bestimmten Vollmachten bestimmt sich der Umfang der Vollmacht nach dem von dem Vollmachtgeber ihr gegebenen Inhalte. Es ist daher vielfach Sache der Auslegung, diesen Umfang im einzelnen Falle zu bestimmen. Um den Schwierigkeiten solcher Auslegung im einzelnen Falle vorzubeugen, haben einzelne moderne Gesetzgebungen, z. B. *Code civil art.* 1988, 1989 und das Preuss. Allg. Landrecht I 13 §§ 99—108 vorgeschrieben, dass für gewisse Rechtsgeschäfte es immer einer Specialvollmacht bedürfe, so z. B. für Veräusserung und Erwerb von Grundstücken, Begründung, Uebertragung und Aufhebung von Rechten an Grundstücken, Abtretung von Forderungen, Empfangnahme von Geld und Quittungsleistung darüber, Abschluss eines Vergleiches und Uebereinkommen auf einen Schiedsspruch, Aufnahme von Geld und Gewährung von Darlehen, Uebernahme von wechselmässigen Verpflichtungen.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat dies Institut der Specialvollmacht aus durchaus zutreffenden Gründen nicht aufgenommen. Nur die vom Handelsrecht, in den citirten Paragraphen, und von der Processordnung (z. B. für Erhebung der Gelder, nicht bloss der Kosten) und etwa in sonstigen Specialgesetzen geforderten Specialvollmachten sind nach wie vor zu beachten. Dagegen entscheidet bei Vollmachten des gemeinen Bürgerlichen Rechts ausschliesslich die Auslegung im einzelnen Falle.

[1]) § 126 H.G.B.: Bei diesem ist sogar eine Beschränkung des Umfanges der Vertretungsmacht Dritten gegenüber unwirksam.

[2]) C.P.O. § 77: „Die Processvollmacht ermächtigt zu allen den Rechtsstreit betreffenden Processhandlungen, einschliesslich derjenigen, welche durch eine Widerklage, eine Wiederaufnahme des Verfahrens und die Zwangsvollstreckung veranlasst werden; zur Bestellung eines Vertreters sowie eines Bevollmächtigten für die höheren Instanzen; zur Beseitigung des Rechtsstreites durch Vergleich, Verzichtleistung auf den Streitgegenstand und Anerkenntniss des vom Gegner geltend gemachten Anspruchs, zur Empfangnahme der von dem Gegner zu erstattenden Kosten."

Den grössten Umfang hat die sog. Generalvollmacht, d. h. diejenige, durch welche Jemandem die Vertretungsmacht zur Verwaltung eines ganzen Vermögens ertheilt wird. Die herrschende Pandektenlehre nahm an, dass es bei dieser Vollmacht eines besonderen sog. *mandatum cum libera administratione* bedürfe, wenn der Generalbevollmächtigte auch zur entgeltlichen Veräusserung von Sachen, bezw. zur Verpfändung und zum Abschluss von Vergleichen ermächtigt sein solle. Zu Schenkungen, — es seien denn solche, die durch die Verwaltung des Vermögens gefordert werden, übliche Geschenke, — ermächtigte auch das *mandatum cum libera administratione* nicht.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat auch für die Generalvollmacht keinerlei Auslegungsvorschriften gegeben. Der Vollmachtgeber hat selbst dafür Sorge zu tragen, dass keinerlei Zweifel darüber entstehen, wie weit die Vertretungsmacht des Generalbevollmächtigten reichen soll. „Beruft Jemand einen solchen allgemeinen Vertreter," bemerken die Motive I. S. 232, „so hat er sich vorzusehen, und es kann billigerweise von ihm verlangt werden, dass er das Erforderliche vorkehrt, wenn er den Abschluss einzelner Rechtsgeschäfte dem Vertreter nicht gestatten will. Wollte das Gesetz durch eine besondere Bestimmung für diese Fälle vorgreifen, so würde grosses Mass zu halten sein und zwar in dem Grade, dass mit der Bestimmung nur wenig erreicht würde."

Eine den Umfang der Vollmacht betreffende Einzelfrage ist, in wieweit der Bevollmächtigte berechtigt sein soll, einem Dritten seine Vollmacht zu übertragen, Substitutionsbefugniss. Auch hierüber enthält sich das Bürgerliche Gesetzbuch ebenso wie das Pandektenrecht besonderer Vorschriften, es ist eine Auslegungsfrage im einzelnen Fall. Doch darf man behaupten, dass eine Substitution mit der Wirkung voller Uebertragung der Vollmacht überall, wo sie nicht ausdrücklich zugelassen ist, unzulässig ist, da sie gegen die Natur der Vollmachtsertheilung, die auf besonderem persönlichen Vertrauen beruht, verstossen würde.[1])

Im Pandektenrecht äusserte sich die rein persönliche

[1]) Vgl. R.G. XI. nr. 19 und nr. 93.

Natur des Vollmachtsverhältnisses auch dadurch, dass die Vollmacht die ja das Pandektenrecht noch nicht vom Mandate trennt, mit dem Tode des Vollmachtgebers erlosch.[1] Das Bürgerliche Gesetzbuch bestimmt dagegen in § 672, dass der Auftrag „im Zweifel nicht durch den Tod des Auftraggebers“ erlischt. Sofern also die Vollmachtsertheilung auf einem Auftrage beruht, bleibt auch die Vollmacht durch den Tod des Vollmachtgebers im Zweifel unberührt. Da § 168 B.G.B. überhaupt bestimmt, dass das Erlöschen der Vollmacht sich nach dem Rechtsgrunde bestimmt, auf welchem die Vollmacht beruht, so lässt sich eine allgemeine Regel für das Erlöschen der Vollmacht nicht aufstellen. In der Regel bleibt, da die meisten Rechtsverhältnisse aktiv und passiv auf die Gesammtrechtsnachfolger übergehen, die Vollmacht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche durch den Tod des Vollmachtgebers unberührt. — Dagegen erlischt auch nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche die Vollmacht in der Regel mit dem Tode des Bevollmächtigten. Beruht sie jedoch auf einem Auftrage, so bleibt sie auch für die Erben des Beauftragten bezw. Bevollmächtigten insofern und solange bestehen, als nach § 673 B.G.B.,[2] wenn mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist, die Erben die Besorgung des übertragenen Geschäftes fortzusetzen haben, bis der Auftraggeber anderweit Fürsorge treffen kann; und das Gleiche gilt nach § 675 für die auf Grund eines Dienstvertrages oder eines Werkvertrages ertheilte Vollmacht, wenn der Dienstvertrag oder Werkvertrag eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat.

Das Bürgerliche Gesetzbuch schweigt auch darüber, ob der Eintritt der Geschäftsunfähigkeit oder der Konkurs des Vollmachtgebers oder des Bevollmächtigten das Erlöschen der Vollmacht mit sich bringt oder nicht. Cosack, Lehrbuch

[1]) *L.* 12 § 17 *l.* 13 *D. mandati* 17, 1.

[2]) § 673: „Der Auftrag erlischt im Zweifel durch den Tod des Beauftragten. Erlischt der Auftrag, so hat der Erbe des Beauftragten den Tod dem Auftraggeber unverzüglich anzuzeigen und, wenn mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist, die Besorgung des übertragenen Geschäftes fortzusetzen, bis der Auftraggeber anderweit Fürsorge treffen kann; der Auftrag gilt insoweit als fortbestehend.“

des bürgerlichen Rechts I. S. 225 verneint ihr Erlöschen (und auch ihre Beschränkung) im Falle des Eintritts der Geschäftsunfähigkeit, er meint: „Der Vertreter, welchen ein Geistesschwacher vor seiner Entmündigung mit Generalvollmacht versehen, bedarf auch nach der Entmündigung der Zustimmung des Vormundes und des Vormundschaftsgerichtes nicht; der Vormund mag sich beeilen, die Generalvollmacht sobald als möglich zu widerrufen.“ (Ueber entsprechende Ansicht Cosacks im Fall der Entmündigung wegen Verschwendung siehe oben S. 475.) Aber wie, wenn nun der Vormund, was meistens der Fall sein wird, von der Existenz der Generalvollmacht gar keine Kenntniss hat? Ich kann daher die Ansicht Cosacks unmöglich billigen. Allerdings scheint sie zunächst die begriffliche Consequenz für sich zu haben. Aber jede Rechtsauslegung und Rechtsanwendung ist auf dem Irrwege, die ausschliesslich einer hohlen scholastischen Begriffslogik und rein analytischen Methode gehorcht; da es sich im Rechte ausschliesslich um die Balancirung substantieller Interessen handelt, so muss sie unter Umständen auch den Muth der Inconsequenz haben.[1]) Schliesslich sind übrigens die nothwendigen Inconsequenzen nur auch scheinbare, da gerade sie folgerichtig auf die letzten und tiefsten Grundsätze der Auslegung zurückgehen. Eine rein begriffliche Deduction ist nur so lange und so weit auf dem rechten Wege, als sie mit dem Zwecke nicht bloss des einen von ihr in's Auge gefassten Instituts im Einklange bleibt, sondern auch die Zwecke der sich mit diesem etwa kreuzenden Institute im Auge behält. In dem hier fraglichen Falle fordert nun meines Erachtens ohne Rücksicht auf das Wesen der rechtsgeschäftlichen Vollmacht der Zweck der Entmündigung unbedingt und zwingend das Erlöschen der vorher vom Entmündigten begründeten Vollmacht. Neben der gesetzlichen Generalvollmacht des Vor-

[1]) Selbst innerhalb der mathematischen Naturwissenschaften hat einer der grössten Naturforscher unseres Jahrhunderts, R. Mayer, der Entdecker des mechanischen Wärme-Aequivalents in einem Aufsatze: „Ueber nothwendige Inconsequenzen“ gegen die Gefahren einer rein begrifflichen Consequenzmacherei sich in einer allgemein philosophisch beachtenswerthen Weise ausgelassen.

mundes kann das Fortbestehen einer früher ertheilten „gewillkürten“ Vollmacht nicht zugelassen werden, am wenigsten das Fortbestehen einer Generalvollmacht. Es ergiebt sich daraus, dass Niemand, der in Kenntniss des Eintritts der Geschäftsunfähigkeit des Vollmachtgebers (oder weil er dieses Ereigniss kennen muss) auf Grund einer vor dem Eintritte der Geschäftsunfähigkeit ertheilten Vollmacht mit dem Entmündigten durch dessen Bevollmächtigten contrahirt, Rechte erwerben kann. Zum Mindesten würde seinen Ansprüchen, da er wider Treu und Glauben handelt, die *exceptio doli generalis* entgegenstehen. Die Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch (I. 234) stehen zwar auch auf dem Standpunkte, dass Auftrag und Vollmacht in den Erlöschungsgründen gleichgestellt werden müssten; sie lehnen den strengeren Standpunkt des Schweizer Obligationenrechts, nach dessen Artikel 492, 403 die Vollmacht durch den Tod, eingetretene Geschäftsunfähigkeit oder den Concurs des Vollmachtgebers oder des Bevollmächtigten schlechthin erlischt, ab. Sie finden aber irriger Weise den Grund dieser Schweizerischen Bestimmung nur in der scholastischen Erwägung, dass „eine Vertretung im Willen nur so lange möglich sei, als ein Wille da ist, welcher vertreten werden kann oder durch welchen die Vertretung erfolgen kann“. Selbstverständlich ist eine derartige Begründung nicht haltbar. Denn an sich ist nicht einzusehen, warum die ertheilte Vollmacht mit dem Tode oder der Geschäftsunfähigkeit des Vollmachtgebers erlöschen soll. Mit Sätzen, wie „*Cessante causa cessat effectus*“ lässt sich Alles und Jedes beweisen; es gilt zumal in der Rechtswelt ebenso oft die Umkehr dieses Satzes, als der Satz selber. Entscheidend ist also für uns lediglich die oben gekennzeichnete Bedeutung des practischen Zweckes. Die daneben berechtigten Interessen des guten Glaubens und der Verkehrssicherheit sind zureichend durch die vorhin mitgetheilten Bestimmungen der §§ 164—173 gesichert.

Auch beim Concurse des Vollmachtgebers erlischt die Vollmacht, so weit sie sich bezieht auf das „gesammte, einer Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen des Gemeinschuldners, welches ihm zur Zeit der Eröffnung des Concurses gehört“, und zwar aus einem entsprechenden Grunde, weil sie

neben der gesetzlichen Vollmacht des Concursverwalters und dem „offenen Arrest" keinen Bestand mehr hat, nicht wegen Geschäftsunfähigkeit — denn der Cridar bleibt ja geschäftsfähig —, sondern weil die Dispositionsfähigkeit, das Verfügungsrecht des Vertretenen erlischt und der Vertreter nicht weiter verfügen kann, als sein Principal. Soweit der Cridar verfügungsberechtigt bleibt, bleibt er natürlich auch sein Bevollmächtigter.[1]) Ganz anders bestimmt sich der Einfluss des Eintritts der Geschäftsunfähigkeit und des Concurses in der Person des Bevollmächtigten. Was die Geschäftsunfähigkeit des letzteren anbelangt, so ist hier nach ausdrücklicher positiver Bestimmung zu unterscheiden absolute Geschäftsunfähigkeit und beschränkte Geschäftsfähigkeit. Der Eintritt der absoluten Geschäftsunfähigkeit hat selbstverständlich das Erlöschen der Vollmacht zur Folge. Da aber nach § 165 B.G.B. die Wirksamkeit einer von und gegenüber einem Vertreter abgegebenen Willenserklärung nicht dadurch beeinträchtigt ist, dass der Vertreter in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, so ist auch die nachträglich eintretende Beschränkung der Geschäftsfähigkeit auf das Vollmachtsverhältniss ohne jeden Einfluss. Wir haben also nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche die nicht unbedenkliche Anomalie anzuerkennen, dass Jemand, der wegen Geistesschwäche (vgl. S. 122 oben) oder wegen Verschwendung oder Trunksucht entmündigt wird (§ 114 B.G.B.) oder auch nach § 1906 B.G.B. unter vorläufige Vormundschaft gestellt wird, obwohl er fortan in eigenen Angelegenheiten ohne die Einwilligung seines gesetz-

[1]) Vgl. § 19a der Concursordnung nach Denkschrift Anl. S. 519: „Ein von dem Gemeinschuldner ertheilter Auftrag erlischt durch die Eröffnung des Concurses, es sei denn, dass der Auftrag sich nicht auf das zur Konkursmasse gehörende Vermögen bezieht. Erlischt der Auftrag, so finden die Vorschriften des § 659 Absatz 2 und des § 661 R.V. des B.G.B. (jetzt §§ 672, 673, 674 B.G.B. S. 491 oben) entsprechende Anwendung; in Ansehung der nach Eröffnung des Verfahrens entstandenen Ersatzansprüche ist der Berechtigte im Falle des § 659 (jetzt § 672) Massegläubiger, im Falle des § 661 (jetzt § 674) Concursgläubiger. Das Gleiche gilt, wenn sich Jemand durch einen Dienstvertrag oder einen Werkvertrag verpflichtet hat, ein ihm von dem Gemeinschuldner übertragenes Geschäft zu besorgen."

lichen Vertreters nicht mehr handeln kann, in fremden Angelegenheiten auf Grund der ihm ertheilten Vollmacht fortfahren kann, zu handeln. In diesem Falle lässt sich leider gegen den klaren Wortlaut des § 119 cit. nicht das Erlöschen der Vollmacht aus anderen zwingenden Gründen der Entmündigung ableiten; denn die Entmündigung geschieht im Interesse des Entmündigten, nicht im Interesse derjenigen, die seiner Persönlichkeit vertrauen; diese mögen, sobald sie von der nachträglich eingetretenen Beschränkung der Geschäftsfähigkeit ihrer Bevollmächtigten erfahren, vom Widerrufsrechte Gebrauch machen. Uebrigens ist ja nicht ausgeschlossen, dass ein Verschwender zwar in eigenen Angelegenheiten verschwenderisch und leichtsinnig verfährt, aber als Bevollmächtigter, beispielsweise als Rechtsanwalt, pflichtgetreu oder wenigstens vermöge besonderer Eigenschaften brauchbar erscheint. Der Concurs des Bevollmächtigten hat ebenfalls gar keinen Einfluss auf die ihm ertheilten Vollmachten, er bleibt aus denselben, sofern sie nicht durch den „offenen Arrest" bezw. die verlorene Verfügungsfähigkeit über sein Vermögen berührt werden, so berechtigt, wie er aus den ihnen etwa zu Grunde liegenden Aufträgen persönlich verpflichtet bleibt.

VI. Nach Pandektenrecht bezw. nach den modernen pandektenrechtlichen Grundsätzen ist die Vollmacht kein schriftliches (formelles) Rechtsgeschäft. Es bedarf daher keiner Vollmachtsurkunde. So ist es in der Regel auch nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. Nur in *einem* Falle verlangt indessen das Bürgerliche Gesetzbuch zur Wirksamkeit der kraft Vollmacht vorgenommenen Handlungen eine Vollmachts*urkunde*, nämlich dann, wenn der Bevollmächtigte einem Anderen gegenüber ein *einseitiges* Rechtsgeschäft vornehmen will, also beispielsweise eine Kündigung oder Mahnung: In diesem Falle würde der Andere insofern in eine ungünstige Lage gerathen können, als er keine Gewissheit darüber hätte, ob das Rechtsgeschäft von einem wirklichen Bevollmächtigten ausgeht und der Vertretene es gegen bezw. für sich gelten lassen muss. Er *kann* daher in diesem Falle die Vorlegung einer Vollmachtsurkunde *verlangen* und, falls diese Vorlegung nicht geschieht, das Rechtsgeschäft unverzüglich zurückweisen, es sei denn,

dass er vom Vollmachtgeber bereits auf andere Weise, etwa durch mündliche oder schriftliche Mittheilung von der Bevollmächtigung in Kenntniss gesetzt ist (§ 174).

Uebrigens bringt der Verkehr es mit sich, dass in den meisten Fällen, auch wo es sich nicht um solche einseitige Geschäfte handelt, Vollmachtsurkunden ausgestellt werden. Eine solche Urkunde ist als gemeinschaftliche in dem Sinne zu bezeichnen, dass sie dem Interesse sowohl des Vollmachtgebers als auch des Bevollmächtigten dienstbar ist; insbesondere kann es für letzteren von grossem Interesse sein, nicht nur Dritten gegenüber, sondern unter Umständen auch dem Vollmachtgeber gegenüber nach dem Erlöschen der Vollmacht bei etwaigen Streitigkeiten aus dem Auftrags- bezw. sonstigen zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse die Existenz und den Umfang der Vollmacht nachzuweisen. Doch kann er dieses Interesse genügend durch Anfertigung einer beglaubigten Abschrift wahren. Ueberwiegend ist das Interesse des Vollmachtgebers, nach dem Erlöschen der Vollmacht sich gegen etwaigen Missbrauch der Urkunde gesichert zu sehen. Schon das Reichsgericht erkannte daher an, dass er nach Erlöschen der Vollmacht einen Anspruch auf deren Rückgabe habe.[1]) Das Bürgerliche Gesetzbuch bestimmt in § 175: „Nach dem Erlöschen der Vollmacht hat der Bevollmächtigte die Vollmachtsurkunde dem Vollmachtgeber zurückzugeben; ein Zurückbehaltungsrecht steht ihm nicht zu.“

VII. Die Wirkung des durch den Vertreter abgeschlossenen Geschäfts für den Vertretenen ist durch die bisher behandelten Erfordernisse, durch das Handeln in erkennbarer Bezugnahme auf den Vertretenen und die Vollmacht bedingt. Wie aber, wenn der Bevollmächtigte die Vollmacht überschreitet oder gar Jemand sich als Bevollmächtigter gerirt, also auf fremden Namen abschliesst, ohne es zu sein (*falsus procurator*)? Die Regelung dieser Frage gehörte zu den bestrittensten Punkten des Pandektenrechts. v. Ihering wollte darauf die bereits mehrfach (vgl. S. 412 ff. oben) dargelegten Grundsätze von der sog. *culpa*

[1]) R.G. III. nr. 53.

in contrahendo und dem negativen Vertragsinteresse anwenden,[1] Windscheid[2]) einen stillschweigenden Garantievertrag des Bevollmächtigten supponiren, Bähr[3]) geht davon aus, dass nach römischem Rechte bei Eingehung obligatorischer Verträge der Procurator habe *cautionem de rato* bestellen müssen und meint, der materielle Rechtsinhalt jenes nur processualen Cautionszwanges sei im heutigen Rechte objectiver Rechtssatz, Brinz[4]) will den *falsus procurator* nur mit der *actio doli* haften lassen. Das Reichsgericht[5]) hat entschieden, es hänge von der Wahl des Dritten ab, ob er den *falsus procurator* als Contrahenten auf Erfüllung oder auf Schadensersatz (negatives Vertragsinteresse) in Anspruch nehmen will.

Das Reichsgericht hat damit die allgemeine Bestimmung des Bürgerlichen Gesetzbuches anticipirt:

§ 179 S. 1: „Wer als Vertreter einen Vertrag geschlossen hat, ist, sofern er nicht seine Vertretungsmacht nachweist, dem anderen Theile nach dessen Wahl zur Erfüllung oder zum Schadensersatz verpflichtet, wenn der Vertretene die Genehmigung des Vertrags verweigert."

Allein das Bürgerliche Gesetzbuch unterscheidet noch, ob der Vertreter den Mangel seiner Vertretungsmacht gekannt hat oder nicht und modificirt darnach diesen Grundsatz, indem es für den letzteren Fall nur den v. Ihering-schen Grundsatz der Haftung für *culpa in contrahendo* bezw. der Haftung auf das negative Vertragsinteresse anwendet und also die Wahl des anderen Theils ausschliesst:

§ 179 S. 2: „Hat der Vertreter den Mangel der Vertretungsmacht nicht gekannt, so ist er nur zum Ersatze desjenigen Schadens verpflichtet, welchen der andere Theil dadurch erleidet, dass er auf die Ver-

[1]) Jahrbücher f. Dogmatik Bd. 4 n. 1. Ihm schliesst sich an Dernburg, Pand. II. § 10 i. f.

[2]) Pandekten I. § 74 n. 7. Aehnlich Curtius, Archiv f. civilistische Praxis Bd. 58 S. 101 ff.

[3]) Jahrbücher f. Dogmatik I. S. 457 ff.

[4]) Kritische Blätter II. S. 39 ff.

[5]) R.G. VI. nr. 60 S. 217 ff.

tretungsmacht vertraut, jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus, welchen der andere Theil an der Wirksamkeit des Vertrags hat."

Die v. Ihering'sche Theorie ist hier in derselben Weise modificirt, wie wir bereits oben S. 414 bei der Anfechtung eines Vertrags wegen Irrthums hervorhoben.

Es unterscheidet insbesondere nicht zwischen verschuldetem und unverschuldetem Irrthum (entsprechend der Haftung des Anfechtenden im Falle des Irrthums nach § 122 B.G.B.). Endlich schliesst es die Haftung des Vertreters sowohl im Falle, dass er den Mangel seiner Vollmacht kannte, als auch, dass er ihn nicht kannte, aus, wenn der andere Theil den Mangel der Vertretungsmacht kannte oder kennen musste (*compensatio culpae*), ferner wenn der Vertreter als Minderjähriger, Geistesschwacher, entmündigter Verschwender oder Trunkenbold in der Geschäftsfähigkeit beschränkt war und nicht mit Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters handelte:

§ 170 S. 3: „Der Vertreter haftet nicht, wenn der andere Theil den Mangel der Vertretungsmacht kannte oder kennen musste. Der Vertreter haftet auch dann nicht, wenn er in der Geschäftsfähigkeit beschränkt war, es sei denn, dass er mit Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters gehandelt hat."

Die Beweislast bezüglich des Vorhandenseins der Vertretungsmacht ist durch den § 170 demjenigen auferlegt, der als *falsus procurator* verklagt wird; denn er hat dadurch, dass er als Vertreter aufgetreten ist, übernommen, den Nachweis seiner Vertretung zu führen; „er ist zu diesem Nachweise viel eher im Stande, da er voraussichtlich die etwa vorhandenen Beweismittel in Händen haben wird, während der Kläger den Beweis der Negation nur schwer erbringen und meist auf das unzuverlässige Beweismittel der Eideszuschiebung beschränkt sein wird." [1])

VIII. Uebrigens kann der Mangel der Vertretungsmacht sowie auch eine Ueberschreitung der Vollmacht, da das moderne Recht in der Regel von dem früheren Erfordernisse der

[1]) Kommissionsprotocoll I. S. 161. Anders früher R.G. II. nr. 53.

Simultaneität des Thatbestandes absieht und das successive Eintreten wesentlicher Thatbestandsmomente gestattet (vgl. S. 331 oben), durch nachträgliche Ratihabition, Genehmigung dessen, für den der Vertreter handelte, gehoben werden. In diesem Falle „convalescirt“ das mit Beziehung auf den Vertretenen anfänglich nichtig gewesene Rechtsgeschäft. Die ältere Pandektenlehre, die ja eben Vollmacht und Auftrag nicht begrifflich scharf auseinanderhielt, erledigte diesen Fall der Convalescenz durch Hinweis auf den einfachen Satz: *ratihabitio mandato comparatur.* Das Bürgerliche Gesetzbuch, welches Vollmacht und Auftrag auseinanderhält, hat sich aber veranlasst gesehen, diesen Fall der Genehmigung im allgemeinen Theile ausdrücklich hervorzuheben. Es regelt ihn in derselben Weise, wie es bei beschränkter Geschäftsfähigkeit die Wirkung der Genehmigung des gesetzlichen Vertreters bestimmt:

§ 177 Abs. 1: „Schliesst Jemand ohne Vertretungsmacht im Namen eines Anderen einen Vertrag, so hängt die Wirksamkeit des Vertrages für oder gegen den Vertretenen von dessen Genehmigung ab.“

Die Genehmigung hat im Zweifel, wie nach Pandektenrecht die Ratihabition, rückwirkende Kraft in dem Sinne, dass die nachträgliche Genehmigung als zuvorige Ertheilung bezw. Erstreckung der Vollmacht auf die genehmigten Punkte angesehen wird:

§ 184 Abs. 1: „Die nachträgliche Zustimmung (Genehmigung) wirkt auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts zurück, soweit nicht ein Anderes bestimmt ist.“ (Vgl. oben S. 332—333.)

Doch findet diese Rückwirkung eine Schranke an inzwischen durch andere „Verfügungen“ des Genehmigenden erworbenen Rechten Dritter:

§ 184 Abs. 2: „Durch die Rückwirkung werden Verfügungen nicht unwirksam, die vor der Genehmigung über den Gegenstand des Rechtsgeschäfts von dem Genehmigenden getroffen worden oder im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Concursverwalter erfolgt sind.“

Die Genehmigung, welche an sich formfrei ist, also nicht

nur ausdrücklich, sondern auch stillschweigend erfolgen kann, sofern nicht das zu genehmigende Rechtsgeschäft selber eine besondere Form fordert, kann sowohl dem Vertragsgegner als dem Vertreter gegenüber erfolgen. Um aber dem Vertragsgegner die baldige Endigung des bis zur erklärten Genehmigung bestehenden Schwebezustandes (seiner passiven Gebundenheit) zu ermöglichen, hat das Bürgerliche Gesetzbuch das zu gleichem Zwecke schon bei der gesetzlichen Vertretung beschränkt Geschäftsfähiger gegebene Aufforderungsrecht (vgl. S. 105, 106) des Vertragsgegners zur Erklärung auch hier eingeräumt:

§ 177 Abs. 2: „Fordert der andere Theil den Vertretenen zur Erklärung über die Genehmigung auf, so kann die Erklärung nur ihm gegenüber erfolgen; eine vor der Aufforderung dem Vertreter gegenüber erklärte Genehmigung oder Verweigerung der Genehmigung wird unwirksam. Die Genehmigung kann nur bis zum Ablaufe von zwei Wochen nach dem Empfange der Aufforderung erklärt werden; wird sie nicht erklärt, so gilt sie als verweigert."

Uebrigens ist auch in diesem Falle, wie im Falle der gesetzlichen Vertretung (S. 106 oben) die passive Gebundenheit des anderen Theils bis zur Ertheilung bezw. der Verweigerung der Genehmigung eine resolutiv und potestativ bedingte, da er ein Widerrufsrecht hat.

§ 178 B.G.B.: „Bis zur Genehmigung des Vertrags ist der andere Theil zum Widerrufe berechtigt, es sei denn, dass er den Mangel der Vertretungsmacht bei dem Abschlusse des Vertrags gekannt hat. Der Widerruf kann auch dem Vertreter gegenüber erklärt werden."

Selbstverständlich kann derjenige, der von diesem Widerrufsrechte Gebrauch macht, nicht den *falsus procurator* nach § 179 cit. auf Erfüllung oder Schadensersatz belangen.

VIII. Erwähnt wurde bereits, dass nach der Ansicht von Endemann (S. 482 oben) eine Vertretung durch thatsächliches Handeln bei einseitigen Rechtsgeschäften, Occupation, Specification auf Grund des Bürgerlichen Gesetzbuches nicht mehr zulässig sein soll.

Ich konnte dieser Ansicht nicht beipflichten. Dagegen ist allerdings zuzugeben, dass nach der positiven ausdrücklichen Bestimmung des § 180 B.G.B. eine Vertretung ohne Vertretungsmacht, d. h. also eine Genehmigung solcher Geschäfte, wenn sie im Namen eines Anderen, aber ohne dessen Ermächtigung vorgenommen sind, im Princip unzulässig ist.

§ 180 B.G.B.: „Bei einem einseitigen Rechtsgeschäft ist Vertretung ohne Vertretungsmacht unzulässig."

Positiv ausgedrückt bedeutet dies: Vertretung ohne Vertretungsmacht ist nur noch bei Verträgen zulässig. Bei gewissen einseitigen Rechtsgeschäften, wie z. B. beim Testament, ist zwar auch nach Pandektenrecht die Vertretung ausgeschlossen, also auch die Vertretung ohne Vertretungsmacht.

Dagegen erweist sich bei der grössten Anzahl der einseitigen Rechtsgeschäfte diese Bestimmung des Bürgerlichen Gesetzbuches als eine sehr auffällige und singuläre Neuerung. Practisch erheblich ist sie vor Allem bei empfangsbedürftigen einseitigen Rechtsgeschäften, also beispielsweise bei der Kündigung, der Mahnung, der Pfändung, der Anbietung einer Leistung, der Ausübung eines Rücktrittsrechts. Die Motive I. S. 245 führen folgenden Grund dafür an: „Dem Interesse des Geschäftsherrn würde es zwar entsprechen, wenn ein nicht ermächtigter Vertreter auch einseitige Rechtsgeschäfte, deren Wirksamkeit davon abhängt, dass sie gegenüber einem Betheiligten vorgenommen werden, diesem gegenüber mit der Wirkung vornehmen könnte, dass sie bei hinzutretender Genehmigung so behandelt werden, als seien sie von Anfang an von dem Geschäftsherrn ausgegangen. Allein dem steht die dem Betheiligten schuldige Rücksicht entgegen, welcher der Vornahme eines solchen Rechtsgeschäftes sich nicht entziehen kann und dabei allen Unzuträglichkeiten ausgesetzt sein würde, welche die bis zur Entscheidung über die Ertheilung oder Verweigerung der Genehmigung bestehende Ungewissheit nothwendig mit sich bringt."

Einigermassen zutreffen mag dieser Grund allerdings bei

der Kündigung und Mahnung und ähnlichen einseitig verfügenden Willensmittheilungen. Doch hat das Bürgerliche Gesetzbuch erkannt, dass das Bedürfniss dieser Rücksichtnahme in dem Falle nicht vorliegt, wenn der Betheiligte selbst mit der Vornahme des Rechtsgeschäftes sich einverstanden erklärt und damit den nachtheiligen Folgen des Schwebezustandes sich freiwillig unterwirft.

§ 180 S. 2: „Hat jedoch derjenige, welchem gegenüber ein solches Rechtsgeschäft vorzunehmen war, die von dem Vertreter behauptete Vertretungsmacht bei der Vornahme des Rechtsgeschäftes nicht beanstandet oder ist er damit einverstanden gewesen, so finden die Vorschriften über Verträge entsprechende Anwendung.“

Allerdings ist nun nach dem Wortlaute des S. 1 cit. auch die vollmachtlose Ausübung nicht empfangsbedürftiger einseitiger Rechtsgeschäfte, wie z. B. Dereliction, Besitzerwerb, Schatzerwerb, Occupation, Specification, ausgeschlossen, und doch ist dafür schlechterdings kein verständiger Grund zu finden. Ausweislich der Protocolle, I. S. 167, 168 ist dies auch in der II. Gesetzgebungskommission geltend gemacht worden, ein Antrag (4) ging dahin, den § 180 überhaupt zu streichen, ein anderer (6) dahin, ihn auf Mahnungen, Kündigungen und ähnliche einseitig verfügende Willensmittheilungen zu beschränken. Es wurde meines Erachtens mit vollstem Rechte zur Unterstützung dieser beiden Anträge geltend gemacht, a) dass der fragliche Satz 1 des § 180 sich ganz unangemessen erweise z. B. dann, wenn Jemand, der als Geschäftsführer ohne Auftrag das Vermögen seines plötzlich abgereisten Freundes verwalte, eine von diesem geschuldete Leistung dem Gläubiger anbiete, oder wenn Jemand ein Rücktrittsrecht, welches in einem von ihm ohne Vertretungsmacht geschlossenen Vertrage ausbedungen sei, ausübe oder wenn der vollmachtlose Vertreter mit dem Dritten zwei Geschäfte geschlossen habe und nunmehr in Fortführung seiner *negotiorum gestio* bezüglich der aus diesen Geschäften entstandenen Forderung und Schuld eine aus diesen Geschäften eine Aufrechnungserklärung abgeben wolle, b) der angefochtene Satz erkläre aber weiter für unzulässig die vollmachtlose Ver-

tretung bei dem Besitzerwerbe, der Occupation, dem Schatzerwerbe u. s. w. Dies Alles seien unerträgliche Folgen des undurchführbaren Bestrebens, für alle Handlungen, welche sich unter den Begriff des „einseitigen Rechtsgeschäftes" bringen lassen, einheitliche Rechtssätze aufzustellen.

Leider sind beide Anträge zurückgewiesen, aber wohl vermerkt unter der Begründung, der Antragsteller wende den Satz theilweise auf Thatbestände an, welche nach der dem Entwurfe zu Grunde liegenden Auffassung keine einseitigen Rechtsgeschäfte seien. Nun scheint es freilich nach den Motiven I. S. 127 so, als ob der Entwurf I. die Führung fremder Geschäfte ohne Auftrag, Besitzerwerbshandlung, Specification nicht für einseitige Rechtsgeschäfte, d. h. für Privatwillenserklärungen, die auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges gerichtet sind, gehalten habe, sondern unter einen ganz besonderen Begriff der „Rechtshandlungen" subsumiren wolle, nicht unter den Begriff von Rechtshandlung, den wir selbst (oben S. 305, 306) als einen Delicte und Rechtsgeschäfte umfassenden aufgestellt haben, sondern unter einen durchaus unverständlichen, dem der Delicte nebengeordneten, im Gegensatze zu den Rechtsgeschäften stehenden „Begriff", wie sich gleich zeigen wird. Aber dann würde sich ja die Richtigkeit der von Endemann a. a. O. (S. 482 oben) vertretenen Ansicht ergeben, dass bei diesen Acten nicht nur keine Vertretung ohne Vertretungsmacht, sondern überhaupt keine Stellvertretung zulässig wäre, also ein noch unerträglicheres Resultat.

Das Bürgerliche Gesetzbuch selbst definirt nun den Begriff des einseitigen Rechtsgeschäftes ebensowenig, wie den Begriff des Rechtsgeschäftes überhaupt. Derselbe bleibt also der Wissenschaft überlassen. Diese steht also vor einem Dilemma:

Entweder sie hat auf Grund höchst unklarer, sich selbst widersprechender Aeusserungen der Motive einen ganz besonders verclausulirten Begriff des Rechtsgeschäftes im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches zu construiren und den unverständigen Ausschluss der Vertretung bei sog.

„Rechtshandlungen" im unklaren Sinne der Motive zu billigen. Diese unklaren, sich selbst widersprechenden Aeusserungen der Motive gehen nämlich dahin, dass 1. Rechtsgeschäft sei eine „Privatwillenserklärung, gerichtet auf Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges, welcher nach der Rechtsordnung deswegen eintritt, weil er gewollt ist", oder auch „eine Handlung mit Rechtsfolgen, die, weil sie gewollt sind, eintreten"; ferner 2. dass diesen Handlungen gegenüberstehen Handlungen, an welche sich Rechtswirkungen anschliessen, für deren Eintritt nach der Rechtsordnung es gleichgültig ist, ob dieselben von den Handelnden gewollt oder nicht gewollt sind, 3. dass zu letzteren (*sic!*) neben den Delicten gehören „die Geschäftsführung ohne Auftrag, Besitzerwerbshandlung, die Specification". Ist es nun aber bei der Geschäftsführung ohne Auftrag in der That gleichgültig, ob der Wille des Geschäftsführers auf Hervorbringung rechtlicher Erfolge, insbesondere der Verpflichtung des *dominus negotii* gerichtet ist oder nicht? Ist es ferner wirklich bei der Occupation gleichgültig, ob man occupiren, also Besitz erwerben will oder nicht? Kann man Besitz erwerben, ohne den auf die Rechtsfolge des Besitzes gerichteten *animus possidendi?* Und wohin gehört die Dereliction, wenn sie nicht zu den einseitigen Rechtsgeschäften zählt? Denn offenbar verliert man bei ihr nicht das Eigenthum ohne einen *animus derelinquendi*, d. h. ohne die Vorstellung (den Willen) der Rechtsfolge; gerade dadurch unterscheidet sich ja das Derelinquiren vom blossen unfreiwilligen „Verlieren". Warum aber soll ich nicht durch einen Vertreter fremde Geschäfte besorgen, derelinquiren, occupiren, nach Schätzen graben, specificiren können?

Oder: Die Wissenschaft hat sich mit dem § 180 in der Weise abzufinden, dass sie ihn unter souveräner Nichtachtung seines Wortlautes auf blosse Willensmittheilungen, also auf empfangsbedürftige einseitige Rechtsgeschäfte beschränkt.

Obwohl sonst sehr bedenklich gegen eine Auslegungsmethode, die Unterscheidungen in den Wortlaut eines Gesetzes hineinträgt, — *leger non distinguente nec nostrum est distin-*

guree (S. 21 oben) — halte ich in diesem Falle lediglich den letzteren Ausweg für geboten, da eben der Gesetzgeber nichts Unvernünftiges gewollt haben kann. Immerhin kann § 180 cit. des Bürgerlichen Gesetzbuches als classisches warnendes Beispiel einer abstract casuistisch-doctrinären Gesetzesabfassung bezeichnet werden, als Beispiel einer Gesetzgebungsart, wie sie in der Rechtsgeschichte bislang einzig im Bürgerlichen Gesetzbuche und besonders im ersten Buche desselben dasteht, einer wahren „Pandorabüchse“ [1]) von scholastisch interpretativ-subtilen Finessen!

Zu den einseitigen Rechtsgeschäften des Bürgerlichen Gesetzbuches gehört z. B. zweifellos die Auslobung. Soll auch für diese die Vertretung „ohne Vertretungsmacht“ unzulässig sein, d. h. soll nicht etwa mein Geschäftsführer, wenn beispielsweise in meiner Abwesenheit mein Lieblingshund vermisst wird, berechtigt sein, durch öffentliche Bekanntmachung eine Belohnung für dessen Wiederbringung in meinem Namen zu versprechen, so dass, wenn ich ihm gegenüber später diese Auslobung genehmige, der Finder sich an mich halten kann? Der Satz 2 § 180 ist auf diesen Fall nicht wohl anzuwenden, da die Auslobung nicht zu denjenigen Rechtsgeschäften gehört, die nach der geschmackvollen Ausdrucksweise des Bürgerlichen Gesetzbuches „gegenüber einem Anderen vorzunehmen sind“. (§ 130). Nehmen wir nun an, die Auslobung durch einen „Vertreter ohne Vertretungsmacht“ sei unzulässig, wie wird alsdann nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche der Finder des Hundes rechtlich gestellt sein: a) wenn ich, ohne mich um die „Unzulässigkeit“ dieser Vertretung zu kümmern, dem § 180 trotzend, die Auslobung dennoch genehmige? b) wenn ich sie, zumal sie ja „unzulässig“ war, nicht genehmige?

Es würde doch wohl gegen jede gesunde Vernunft und überdies gegen Treu und Glauben verstossen, wollte man im Falle a) dem Finder seinen Anspruch auf die Belohnung versagen, wenn ich mich auf § 180 S. 1 beriefe, oder im Falle b) dem Finder verwehren, nach seiner Wahl meinen Geschäftsführer auf Erfüllung oder Schadensersatz zu belangen.

[1]) Kritik des Fürsten Bismarck über das Bürgerliche Gesetzbuch.

Der Geschäftsführer kann übrigens trotz der ihm vielleicht unbekannten „Unzulässigkeit“ des § 180 durchaus im guten Glauben gehandelt haben, so dass ein *actio doli* gegen ihn auf keinen Fall begründet werden kann. — Also ist der Begriff des „einseitigen Rechtsgeschäftes“ im Sinne des § 180 S. 1 möglichst restrictiv auszulegen, d. h. offen gesagt: der Satz 1 § 180 ist einfach als ein in seiner Allgemeinheit falscher doctrinärer Satz, nicht als eine Gesetzesnorm zu behandeln, der nur bei Kündigungen und Mahnungen und ähnlichen empfangsbedürftigen Willensmittheilungen auf Grund der *ratio* der Motive anwendbar ist.

IX. Eine der bedenklichsten Folgerungen, zu denen neuerdings eine rein logisch-scholastische Jurisprudenz gelangt war, die über dem Ausspinnen vorausgesetzter Begriffe nur zu leicht die den einzigen wahren Gegenstand der Rechtswissenschaft bildenden substantiellen Interessen vergisst, war die Lehre von der Zulässigkeit des sog. Selbstcontrahirens, d. h. der bedenkliche Satz, ein Vertreter könne mit sich selber im Namen des Vertretenen einen Vertrag schliessen oder auch zwischen zwei von ihm vertretenen Personen durch seine eigene subjective Entschliessung das Band des Vertrages knüpfen. Wenn man in dem Vertrage nichts anderes sieht, als eine Willenseinigung, so ist freilich gegen die dem natürlichen Rechtsgefühle ohne Weiteres widerstrebende Möglichkeit eines solchen Kunststücks nichts einzuwenden; vielmehr würde man dann gerade in dieser Form des Vertragsschlusses die idealste Form desselben finden können, da die Einheit hier ja auf das Allerbeste gewährleistet und vor Allem ein Irrthum, ein *dissensus*, völlig ausgeschlossen erscheint. Allerdings müsste auch nach der rein formalistischen Vertragstheorie noch eine Erklärung dieses Willens hinzukommen; denn der Vertrag ist nicht bloss Consens, sondern erklärter Consens (vgl. S. 341 oben). Auf diesem Standpunkte standen denn auch die Motive zum I. Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches, ebenso wie die Rechtsprechung des Reichsgerichts.[1]) Allein der Ver-

[1]) Motive I. S. 224: „Aus dem Vertragsbegriffe folgt nur, dass es nicht genügt, wenn die gedachte Person (d. h. die Person des Vertreters)

trag ist doch etwas mehr, als jene nur formal richtige Wortdefinition besagt, nämlich entweder ein Ausgleich widerstreitender oder ein Product gleichstrebender Interessen verschiedener Personen. Es liegt aber auf der Hand, dass ein gerechter Ausgleich und eine richtige Balancirung der Interessen verschiedener Personen, wenn auch nicht undenkbar ist, so doch durch nichts mehr gefährdet wird, als dadurch, dass der springende Punkt seiner Entstehung ganz ausschliesslich in den Willen des einen Interessenten verlegt wird. Mit Recht wurde daher in der II. Commission geltend gemacht, für die gesetzgeberische Behandlung könne nicht massgebend sein, ob man das „Selbstcontrahiren" logisch und juristisch an sich für möglich halte, sondern die Erwägung, ob und wieweit die Zulassung mit der Verkehrssicherheit verträglich bezw. durch das Verkehrsbedürfniss gefordert sei. In dieser Hinsicht sei für die Regel davon auszugehen, dass das sog. Selbstcontrahiren stets die Gefahr eines Conflictes der Interessen und einer Schädigung des einen oder anderen Theiles mit sich bringe und dass es deshalb, soweit nicht durch das Gesetz oder durch die Vollmacht (ausdrücklich oder stillschweigend) dem Vertreter ein Anderes gestattet sei, ausgeschlossen werden müsse. Demgemäss bestimmt nun § 181 B.G.B.:

> „Ein Vertreter kann, soweit nicht ein Anderes ihm gestattet ist, im Namen des Vertretenen mit sich im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten ein Rechtsgeschäft nicht vornehmen, es sei denn, dass das Rechtsgeschäft ausschliesslich in Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht."

den Doppelwillen (!) lediglich im Innern fasst oder für sich nach Art eines Monopols mündlich und schriftlich verlautbart. Treten aber äussere Thatsachen hinzu, welche den auch für Dritte erkennbaren Vertragswillen bezw. Vertragsschluss zur Genüge ergeben, — z. B. Verlautbarung vor zugezogenen Zeugen oder vor einer öffentlichen Urkundsperson, welche über den Act eine Urkunde errichtet, ferner Aenderung in dem Bestande des einen oder anderen Vermögens, insbesondere Zahlung u. s. w., Eintragung in die Handlungs- oder ähnliche Bücher, — so lässt sich das Zustandekommen eines gültigen Vertrages als möglich nicht in Abrede stellen."

Aehnlich R.G. VI. nr. 3 S. 13 ff.

Sogar bei collidirenden Interessen R.G. VI. nr. 3.

§ 23.

Der Bote und Empfangsbevollmächtigter.

Der Bote (*internuntius*) ist lediglich ein lebendiges Werkzeug für die Erklärung des Willens, ein lebendiger Brief.[1]) Im römischen Rechte war dieser Stellvertreter in der Erklärung bei allen formlosen sachenrechtlichen, und obligatorischen Rechtsgeschäften zugelassen, bei Eigenthums- und Besitzübertragung, bei Real- und Consensualcontracten, [2]) sogar bei den familienrechtlichen Sponsalien [3]) und der erbrechtlichen Restitution der Fideicommisse. [4]) Ausgeschlossen war sie bei den solennen Acten des Civilrechts und den Formgeschäften des Erbrechts. — Schon den römischen Juristen war die Unterscheidung zwischen dem Boten, der ein bloss factischer Gehülfe ist und dem Stellvertreter im Willen, dem *procurator*, geläufig. [5]) Das entscheidende Criterium ist lediglich dieses, ob in einem rechtlich erheblichen Punkte dem Stellvertreter ein freier Entschluss gelassen ist. Der Bote ist ein Mensch, der nur einen fremden Willen mittheilt, und daher kann er ein Kind oder ein Geistes-

[1]) Daher wird in den Pandekten sehr häufig der *internuntius* unmittelbar neben der *epistola* genannt.

[2]) *L.* 2 *D. pact.* 2, 14: *Labeo ait convenire posse vel re: vel per epistolam aut per nuntium inter absentes quoque posse.*

L. 14 § 3 *D.* 13, 5: *Constituere autem et praesentes et absentes possumus sicut pacicsi et per nuntios et per nosmet ipsos, et quibuscumque verbis. l.* 2 *pr.* § 2 *D. de c. et a.* 44, 7: *Unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur veluti per epistolam vel per nuntium. l.* 1 § 2 *D.* 18, 1. *l.* 1 § 1 *mandati* 17, 1. *l.* 4 *pr.* 17, 2. *l.* 1 § 1 *D.* 3, 3. *l.* 1 *pr. D.* 13, 7. *l.* 1 § 11 *D.* 16, 3. *l.* 6 § 1 *D. l.* 9 *D.* 43, 26.

[3]) *L.* 18 *D.* 36, 1: *In sponsalibus constituendis parvi refert, per se (et coram an per internuntium vel epistolam) an per alium hoc factum est et fere plerumque conditiones interpositis personis expediuntur.*

[4]) *L.* 37 *pr.* 36, 1.

[5]) *L.* 1 § 1 *D. de procurator:* 3, 3 (Ulpian): *Procurator autem vel omnium rerum vel unius rei esse potest constitutus vel coram vel per nuntium vel per epistolam: quamvis quidam, ut Pomponius libro* XXIV. *scribit, non putent unius rei mandatum suscipientem procuratorem esse: sicuti ne is quidem, qui rem perferendam vel epistolam vel nuntium perferendum suscepit, proprie procurator appellatur. Sed verius est eum quoque procuratorem esse, qui ad unam rem datus sit.*

schwacher sein. Dem Boten freilich kann die factische Seite seiner Bestellung völlig freigelassen sein, es ist rechtlich gleichgültig, in welchen Worten er seine Mittheilung übermittelt. Umgekehrt kann ich einem Stellvertreter für die Form seiner Erklärung sehr bestimmte Vorschriften ertheilen. Der Specialbevollmächtigte wird erst dann zum blossen Boten, wenn ihm keine Entscheidung über Abschluss oder Nichtabschluss des Vertrages anheim gegeben ist.[1]) Da auch in letzterem Falle die Form der directen Stellvertretung, beispielsweise der Abschluss auf Grund einer Vollmacht, beachtet werden kann, so ist allerdings die Verwechselung der juristischen Stellvertretung mit dem blossen Boten in einzelnen Fällen möglich, weshalb bereits die römischen Juristen (vgl. *l.* 1 § 1 *D.* 3, 3 in not. 5) über die Subsumtion des Specialbevollmächtigten unter den Begriff der eigentlichen Stellvertretung schwankten.

Der Grundsatz des römischen Rechts über Zulässigkeit

[1]) Mit Unrecht bestreitet noch v. Savigny, Obligationenrecht Bd. 2 S. 60 ff. den Unterschied des Boten vom Stellvertreter. Er schildert vier Fälle, in welchen die Bedeutung des Boten sich so steigert, dass er ist: 1. unwissend und willenlos; 2. wissend, aber willenlos; 3. nicht völlig willenlos, nämlich wollend in Betreff des Preises; 4. noch weniger willenlos, nämlich wollend in Betreff des Preises und unter mehreren ihm bezeichneten Sachen (Pferden) wählend; er schliesst daran den Satz: Mein auf mannichfaltige Entschlüsse gerichteter Wille, zwischen welchen der Stellvertreter die Wahl haben soll, ist ja immer noch mein Wille und der Stellvertreter erscheint der anderen Partei gegenüber als der blosse Träger meines Willens (S. 59) und folgert hieraus, einige Zeilen weiter, den ganz allgemeinen Satz: Es ist also gleichgültig, ob der Stellvertreter in dem Geschäft mehr oder weniger selbstthätig erscheint. — Hierbei ist aber übersehen, dass schon in dem Falle, wo der Stellvertreter den Preis bestimmt oder unter den sechs von mir bezeichneten Pferden wählt, er nicht meinen Vertragswillen lediglich mittheilt, sondern durch seinen Willen meinen allgemeinen Willen zu einem präcisen Vertragswillen individualisirt, dass er also durch seinen Willen mir erst diesen bestimmten Vertragswillen macht. „Durch meinen zu einem Vertrage viel zu allgemeinen Willen entsteht ein für einen Vertrag ausreichend concreter fremder Wille, und erst in Folge dieses fremden Vertragswillens entsteht nun bei mir ein eigener Vertragswille. Der Stellvertreter ist der Erzeuger dieses meines Willens und nicht der blosse Träger dieses meines bei Ertheilung der Vollmacht noch gar nicht vorhandenen Willens.“ Thöl, Handelsrecht, 5. Aufl. S. 231.

des Boten gilt auch für das Bürgerliche Gesetzbuch, welches diesen rein thatsächlichen Vermittler der Erklärung übrigens gar nicht erwähnt. Unzulässig ist auch heute die Stellvertretung in der Erklärung bei allen formellen Rechtsgeschäften, die eine persönliche Anwesenheit des Erklärenden fordern, so z. B. beim Testament (§ 2064).

Fast gar nicht beachtet ist bislang in der Theorie, dass dem activ für uns handelnden Boten im Verkehr auch ein passiv für uns eintretender blosser Empfangsbevollmächtigter zur Seite tritt. So kennt die Processordnung nicht nur einen speciellen Zustellungsbevollmächtigten, sondern auch andere Personen, z. B. erwachsene Hausangehörige, bei denen eine Zustellung mit der Wirkung geschehen kann, dass sie die Zustellung an den Adressaten selber vertritt. Zweifellos können solche rein passive Empfangsorgane auch durch Privatdisposition bestellt werden.

Da der Wille der blossen Boten in juristisch-erheblichen Punkten nicht massgebend ist, so kann auch seine Kenntniss oder Unkenntniss für die subjective Beurtheilung des rechtsgeschäftlichen Thatbestandes nicht in Betracht kommen. Dies gilt auch für den Empfangsbevollmächtigten: Weiss der Empfangsbevollmächtigte z. B., dass eine ihm für mich übergebene Sache, z. B. ein Werthpapier, gestohlen oder verloren ist, so werde ich bloss dadurch kein Empfänger im bösen Glauben, falls nicht etwa der Empfangsbevollmächtigte mir seine eigene Kenntniss mittheilt.

Streitig war nach Pandektenrecht die Frage der Haftung des Vertragschliessenden oder des Boten im Falle einer unrichtigen Uebermittelung. Nach Thöl, Handelsrecht (5. Aufl. S. 238) „steht der *institor* als *nuntius* kraft der *actio doli* für das Interesse ein, wenn der Wille des Principals ihm nicht so, wie er ihn mittheilt, mitgetheilt worden ist". Offenbar deckt die *actio doli* aber nur die wirklich dolose falsche Vermittelung. Nach v. Bähr (Dogmat. Jahrb. I S. 462 ff., VI S. 280 ff.) soll der Bote als Selbstcontrahent haften, v. Ihering (Jahrb. IV S. 4 ff) giebt dem Dritten nur eine Klage gegen den Principal auf Grund der Theorie der *culpa in contrahendo*. Der Bote haftet dagegen dem Principal für sein Versehen auf

Grund des Mandats oder sonstigen zu Grunde liegenden Verhältnisses (Dienstvertrag u. s. w.). Offenbar ist die Ansicht v. Iherings die pandektenrechtlich allein richtige.

Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche kommt § 122 zur Anwendung, demzufolge der Nachweis einer *culpa in contrahendo* nicht mehr erforderlich ist. Der Erklärende, d. h. der Principal, hat dem Anderen, eventuell jedem Dritten den Schaden zu ersetzen, den derselbe „dadurch erleidet, dass er auf die Gültigkeit der Erklärung vertraut, jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus, den der Andere oder der Dritte an der Gültigkeit der Erklärung hat“ (vgl. oben S. 414, 415).

„Die Schadensersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Beschädigte den Grund der Nichtigkeit oder der Anfechtbarkeit kannte oder in Folge von Fahrlässigkeit nicht kannte (kennen musste).“

Dagegen wäre es falsch, auf den Boten die Bestimmung des § 179 B.G.B.[1]) anzuwenden, die sich lediglich auf den juristischen Stellvertreter im Sinne des § 161 B.G.B. bezieht, wenn „Jemand eine Willenserklärung innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht im Namen des Vertretenen abgiebt, d. h. im fremden Namen handelt“ (Abs. 2 § 164), d. h. juristisch handelt. (Unter Vertretung wird im Entwurfe Vertretung im Willen verstanden, (Mot. I 223.)

Der Bote haftet auch nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für sein Versehen lediglich seinem Auftraggeber bezw. Dienstherrn auf Grund der §§ 276, 664.[2])

[1]) § 179: „Wer als Vertreter einen Vertrag geschlossen hat, ist, sofern er nicht seine Vertretungsmacht nachweist, dem andern Theile nach dessen Wahl zur Erfüllung oder zum Schadensersatze verpflichtet, wenn der Vertretene die Genehmigung des Vertrages verweigert.

Hat der Vertreter den Mangel der Vertretungsmacht nicht gekannt, so ist er nur zum Ersatze desjenigen Schadens verpflichtet, welchen der andere Theil dadurch erleidet, dass er auf die Vertretungsmacht vertraut, jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus, welches der andere Theil an der Wirksamkeit des Vertrages hat.

Der Vertreter haftet nicht, wenn der andere Theil den Mangel der Vertretungsmacht kannte oder kennen musste. Der Vertreter haftet auch dann nicht, wenn er in der Geschäftsfähigkeit beschränkt war, es sei denn, dass er mit Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters gehandelt hat.“

[2]) § 276: „Der Schuldner hat, sofern nicht ein Anderes bestimmt ist,

Lag gar kein Auftrag zur Bestellung der Botschaft vor, so kann natürlich auch § 122 cit. nicht zur Anwendung kommen. In diesem Falle haftet der *falsus nuntius* selber dem Dritten, dem er die Nachricht brachte, auf Grund des § 823 B.G.B., bei Vorsatz auch auf Grund des § 826.[1])

§ 24.

Indirecter oder mittelbarer (stiller) Stellvertreter oder Ersatzmann.

Mit dem juristischen Stellvertreter, „Vertreter“ im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches, im Gegensatze zum Boten hat der indirecte, mittelbare Stellvertreter (Ersatzmann) dies gemeinsam, dass er juristisch handelt, aber von ihm unterscheidet er sich dadurch, dass er im eigenen Namen handelt, wenn auch für Rechnung des Vertretenen. Die Beziehung zwischen letzterem und dem Ersatzmann ist eine rein

Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten. Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt ausser Acht lässt. Die Vorschriften der §§ 827, 828 (Nichtverantwortlichkeit Unzurechnungsfähiger und Minderjähriger betr.) finden Anwendung.“

§ 664: „Der Beauftragte darf im Zweifel die Ausführung des Auftrags nicht einem Dritten übertragen. Ist die Uebertragung gestattet so hat er nur ein ihm bei der Uebertragung zur Last fallendes Verschulden zu vertreten. Für das Verschulden eines Gehülfen ist er nach § 278 verantwortlich.“

§ 278: „Der Schuldner hat ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, in gleichem Umfange zu vertreten, wie eigenes Verschulden.“

[1]) § 823: „Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, das Eigenthum oder ein sonstiges Recht eines Anderen widerrechtlich verletzt, ist dem Anderen zum Ersatze des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. Die gleiche Verpflichtung trifft denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines Anderen bezweckendes Gesetz verstösst. Ist nach dem Inhalte des Gesetzes ein Verstoss gegen dieses auch ohne Verschulden möglich, so tritt die Ersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens ein.“

§ 826: „Wer in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise einem Anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem Anderen zum Ersatze des Schadens verpflichtet.“

innerliche, die nach Aussen nicht hervortritt. Da ausschliesslich der Ersatzmann handelt, so werden auch die subjectiv erheblichen Momente des Handelns, *mala fides, bona fides, error dolus,* überhaupt *scientia* zunächst nach seiner Person bemessen. Dennoch soll auch demjenigen, der sich eines Ersatzmannes bedient, vielleicht gerade um von dessen *bona fides* bezw. Unkenntniss Vortheil zu ziehen, sein eigener *dolus,* seine *scientia,* seine *mala fides* entgegenstehen, sei es, dass die *exceptio doli* oder eine derjenigen Klagen, die das römische Recht, wie wir sehen werden, auch aus der indirecten Stellvertretung gegen den Vertretenen gewährte, zur Geltendmachung dient. Dies geht, da die Römer auch den indirecten Stellvertreter als *procurator* bezeichnen, auch die nothwendige Stellvertretung des römischen Rechts eine indirecte ist, aus den unten not. 1 citirten Stellen hervor.

Im Gegensatz zum directen Stellvertreter, „Vertreter" im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches, wird der Ersatzmann aus seinem Geschäfte zunächst allein berechtigt und sein Anspruch kann ihm regelmässig nicht wider seinen Willen vom Auftraggeber entzogen werden. Desgleichen wird er selber verpflichtet. Der Umstand, dass, wie wir gleich sehen werden, die *actio quasi institoria* auch gegen den Vertretenen gegeben wird, schliesst den principalen Anspruch des Dritten gegen den Ersatzmann nicht aus; jene *actio* ist eine *adjecticia,* nicht *translata actio.*

[1]) *L.* 22 § 5 *D. de lib. causa* 40, 12: *Sed si per procuratorem scientem quis emerit, ei nocet, sicuti tutoris quoque nocere Labeo putat.*

L. 13 *D. de contr. empl.* 18, 1: *Sed si servo meo vel cui mandavero, vendas servum fugitivum illo ignorante, me sciente, non teneri te ex empto verum est.*

L. 16 § 3, 4 *D. de lib. causa* 40, 12: *Quare si filius familias emit, si quidem ipse scit, pater ignoravit, non adquisiit patri actionem: hoc si peculiari nomine egerit. ceterum si patre mandante, hic quaeritur, an filii scientia nociat: et puto adhuc nocere quemadmodum procuratoris nocet. Plane si filius ignoravit, pater scit, adhuc dico repellendum patrem, etiam si peculiari nomine filius emit, si modo pater praesens fuit potuitque filium emere prohibere.*

L. 7 § 7 *D. ad S. C. Maced.* 14, 6: *Proinde et si alius mutuum dedit, alius stipulatus est, dabitur adversus eum exceptio, licet hic non dederit.*

Das spätere römische Recht gewährte allerdings dem Dritten unter gewissen Voraussetzungen auch eine Klage gegen den indirect Vertretenen, nämlich die *actio institoria* aus Verträgen des in Handelsgeschäften bestellten indirecten Vertreters *(institor)* und die *exercitoria* aus Verträgen des Schiffers gegen den Rheder. Schliesslich wurde aber die *actio institoria* als *utilis actio* oder *quasi institoria* auf alle Fälle ausgedehnt, wo Jemand sich einer Mittelsperson zum Abschlusse von Verträgen bediente. [1])

Auch zu Gunsten des Vertretenen hat das spätere römische Recht einige Ausnahmen von der Consequenz des der indirecten Stellvertretung zu Grunde liegenden Princips gemacht, indem es eine *actio utilis* dem Mündel aus Rechtsgeschäften des Tutors, [2]) der Partei aus Verträgen des Processprocurators, [3]) dem Soldaten aus Rechtsgeschäften jedes indirecten Stellvertreters [4]) und dem Principal im Concurse des Institors [5]) gewährte. [6]) Aus *l.* 13 § 25 *D.* 19, 1 [7]) hat man sogar schliessen wollen, dass das römische Recht schlechthin aus allen Geschäften eines Ersatzmannes dem von ihm Vertretenen die *actio utilis* gewährt habe, dass also nach dieser Seite hin das Princip der indirecten Stellvertretung in demselben Umfange beseitigt wäre, wie auf Seiten des Dritten; denn in

[1]) *L.* 10 § 5 *D. mand.* 17, 1. *l.* 13 § 25 *D. de a. e. v.* 19, 1. *l.* 16, 19 *pr. D. de inst.* 14, 3. *l.* 6 § 1. *l.* 31 *pr. D. de neg. gest.* 3, 5.

Anderer Ansicht freilich Dernburg, Pand. II § 13 not. 13. Mitteis, Stellvertretung S. 29. Für die im Texte vertretene Ansicht Schlossmann, das Kontrahiren mit offener Vollmacht 1892. Gegen Schlossmann Lenel in Iherings Jahrb. 36 n. 2.

[2]) *L.* 9 *pr. D.* 26, 7 *de adm. tut. l.* 52 *pr. D.* 15, 1 (*in quovis tutore*).

[3]) *L.* 27 *i. f. l.* 28 *pr. D. de procurat.* 3, 3.

[4]) *L.* 26 *D. de reb. cred.* 12, 1.

[5]) *L.* 5 *D. de praet. stip.* 46, 5. *l.* 1, 2 *D. de inst. a.* 14, 3.

[6]) Vgl. ausserdem *L.* 10 *D. quod cujusque* 3, 4. *l.* 1 § 18 *D. de exercit. a.* 14, 3.

[7]) *L.* 13 § 25 *D. cit: Si procurator vendiderit et caverit emptori, quaeritur, an domino vel adversus dominum actio dari debeat. et Papinianus libro tertio responsorum putat cum domino ex empto agi posse utili actione ad exemplum institoriae actionis, si modo rem vendendam mandavit: ergo et per contrarium dicendum est utilem ex empto actionem domino competere.*

Wahrheit wäre alsdann ein practisch erheblicher Unterschied zwischen der directen und indirecten Stellvertretung gar nicht mehr vorhanden. Allein jene Digestenstelle hat augenscheinlich nur den Fall der Widerklage im Auge, A. hat gegen B. mit der *institoria* aus Geschäften des E. geklagt, B. kann aus denselben Geschäften eine Widerklage anstellen.[1]) Andere Entscheidungen der Digesten beweisen zu Genüge, dass, von den erwähnten Ausnahmen abgesehen, es stets einer Cession des Ersatzmannes an den mittelbar Vertretenen bedurfte;[2]) und in der That wäre auch ein unmittelbarer Uebergang des Anspruchs aus Geschäften des Ersatzmanns auf den mittelbar Vertretenen *de lege ferenda* nicht zu billigen, der Anspruch würde dem Ersatzmanne nicht mehr die nothwendige Deckung für seine eigenen, möglicher Weise sehr erheblichen Ansprüche aus dem internen Rechtsverhältnisse zwischen ihm und dem mittelbar Vertretenen bieten, der durch den Verkehr geforderte Unterschied zwischen mittelbarer und unmittelbarer Vertretung würde völlig verwischt sein.

Auch im heutigen Verkehre ist die Form der stillen oder mittelbaren Stellvertretung (der Ersatzmann) nicht zu entbehren, das Handelsrecht kennt vor Allem den Commissionär als häufigsten und gewerbsmässigen Typus dieser Art der Stellvertretung:

> „Commissionär ist, wer es gewerbsmässig unternimmt, Waaren oder Werthpapiere für Rechnung eines Anderen (des Committenten) im eigenen Namen zu kaufen und zu verkaufen (§ 383 H.G.B.). Auf die nähere Gestaltung des Commissionsverhältnisses einzugehen, ist hier als handelsrechtliche Abschweifung nicht angezeigt."

Obwohl nun, was gewerbsmässig im Handelsrecht vorkommt, auch häufig in einzelnen Fällen nicht gewerbemässig im bürgerlichen Rechtsverkehre vorkommen wird, hat doch

[1]) Vgl. v. Ihering, Dogmat. Jahrb. XII. S. 378 ff.

[2]) *L.* 8 § 10 *D. l.* 43. *l.* 45 *pr. l.* 59 *pr. mandati* 17, 1 *l.* 1 § 11 *D. depositi* 16, 3. *l.* 49 § 2 *D.* 41, 2. (*invito procuratore non datur, sed per actionem mandati ea cedere cogitur*).

das Bürgerliche Gesetzbuch sich jeglicher Bestimmungen über die mittelbare Stellvertretung enthalten.

Die Motive I. S. 223 bemerken: „Die sog. mittelbare Stellvertretung, bei welcher Jemand ein Rechtsgeschäft im eigenen Namen, aber in der Absicht vornimmt, die rechtlichen Wirkungen einem Anderen zukommen zu lassen, ist juristisch betrachtet kein Fall der Vertretung. Das solchergestalt vorgenommene Rechtsgeschäft ist ausschliesslich ein Rechtsgeschäft des im eigenen Namen Handelnden. Zur Herbeiführung des wirthschaftlichen Erfolges der Vertretung bedarf es eines weiteren Rechtsgeschäftes, durch welches die Wirkungen übertragen werden. Einen Uebergang kraft des Gesetzes für diese Fälle positiv vorzuschreiben (Dresd. Entw. Art. 90 Abs. 2, zur G.B. § 1027) fehlt es an zureichenden Gründen.“ Hiernach ist nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche der Dritte durchweg auf seinen Anspruch gegen den stillen Vertreter (Ersatzmann) selbst beschränkt, wie umgekehrt der mittelbar Vertretene nur auf Grund ausdrücklicher Cession gegen ihn klagen kann. Doch darf ich eine Bemerkung hierzu nicht unterdrücken: Im Falle eines Anspruchs aus der Cession des Ersatzmanns kann der in Anspruch genommene Dritte auch heute, wie nach Pandektenrecht, *dolus*, *mala fides*, *scientia* des mittelbar Vertretenen geltend machen (*exceptio doli generalis*); denn auch der moderne Rechtsverkehr ist dem Grundsatze von „Treu und Glauben“ unterworfen. (Vgl. oben S. 477, 478.)

Das Pandektenrecht kannte neben den schon erwähnten adjecticischen Klagen gegen den mittelbar Vertretenen auch noch die in ihrer Anwendung viel bestrittene *actio de in rem verso utilis*. Einige Juristen wollten dieselbe auf den Fall der *negotiorum gestio* des Ersatzmanns beschränken, sie betrachten sie als eine kraft des Gesetzes an den Kläger cedirte *actio negotiorum gestorum* der Zwischenperson gegen den Beklagten; Andere wiederum wollten sie in jedem Falle geben, wo der Versionsbeklagte durch den Contract eines Anderen in ganz unvorhergesehener und zufälliger Weise einen Vortheil erlangt hatte, wieder Andere leugneten sie ganz. Dernburg (Pand. II. § 14). vertritt eine mittlere Ansicht: vorausgesetzt ist ein Geschäft des Versionsklägers mit einer gewaltunabhängigen

Zwischenperson, ferner Bereicherung des Versionsbeklagten, und endlich Causalzusammenhang zwischen dem Geschäfte und der Bereicherung.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat, wie es überhaupt die adjecticischen Klagen ablehnt, auch diese nicht übernommen. Nur, wenn die allgemeinen Voraussetzungen der ungerechtfertigten Bereicherung gegeben sind (§ 812 ff.: „wer durch die Leistung eines Anderen oder in sonstiger Weise auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt“), kann der mittelbar Vertretene vom Dritten belangt werden. Die Motive I. 872 meinen: „Es fehlt, wenn der Vertreter von seinen Gläubigern belangt werden kann und zahlungsfähig ist, an einem Bedürfnisse, diesfalls einen besonderen Bereicherungsanspruch anzuerkennen. Anders läge der Fall, wenn der Vertreter nicht belangt werden könnte, bezw. zahlungsunfähig ist. Doch fordern überwiegende Gründe, von einer positiven Bestimmung der erwähnten Art abzusehen. Hat nämlich der Vertreter eine von dem Dritten aus dem Geschäfte empfangene Leistung dem Vertretenen zugewendet, so liegt hierin dann jedenfalls keine Bereicherung, wenn letzterer dem Vertreter zu einem Aequivalente verpflichtet ist (z. B. auf Grund der *actio mandati* oder *negotiorum gestorum contraria*).“

Auch wenn der mittelbare Vertreter dem Vertretenen das von dem Dritten Empfangene schenkungsweise zugewendet hat, leugnen die Motive die Anwendbarkeit des § 812 cit. „Auch solchenfalls kann von einer ungerechtfertigten Bereicherung keine Rede sein, und gleichwohl den Bereicherungsanspruch einzuräumen, wäre eine Anomalie, welche schon wegen Seltenheit der betreffenden Fälle bedenklich wäre.“ Die Aeusserung der Motive ist richtig mit Ausnahme des Falles, dass der beschenkte Vertreter *in dolo* war, bezw. die Zahlungsunfähigkeit des Schenkers gekannt hat, in welchem Falle übrigens in der Regel auch noch die Bestimmungen des Anfechtungsgesetzes vom 21. Juli 1879 zutreffen werden.

§ 25.

Verträge zu Gunsten Dritter.

Mit der Stellvertretung, insbesondere der indirecten, haben eine unleugbare begriffliche Verwandtschaft die sog. Verträge zu Gunsten Dritter. Wie bei der Stellvertretung haben wir hier eine Trennung der Ursache und Wirkung in der Entstehung eines Rechts. Eine rechtliche Wirkung entsteht in der Person eines Dritten, während die Ursache, der Vertrag, ausschliesslich durch die beiden vertragschliessenden Theile gesetzt wird. Im Gegensatze zur directen Stellvertretung aber und genau so wie bei der indirecten handelt der Vertragschliessende bei einem Vertrage zu Gunsten eines Dritten im eigenen Namen; auch erwirbt er selbst ein Recht aus dem Vertrage auf dessen Erfüllung, während der directe Stellvertreter gar kein eigenes Recht erwirbt. Umgekehrt unterscheidet den Vertrag zu Gunsten eines Dritten von der mittelbaren (stillen) Stellvertretung die gleichwohl offene ausdrückliche Bezugnahme auf den Dritten, ein Moment, das ihn wiederum der directen Stellvertretung näher bringt; der Vertragsgegner weiss, dass zu Gunsten eines Dritten wenn auch nicht in dessen Namen von dem anderen Theile stipulirt wird, ja er selbst will sich, wenn auch zunächst nur dem anderen Vertragstheile gegenüber, so doch zu Gunsten des Dritten, also auch diesem verpflichten. Bei Verträgen zu Gunsten Dritter ist das Recht der letzteren, wenn sie ein solches aus dem Vertrage erwerben, ähnlich der *actio utilis* des Principals, beim *institor* ein accessorisches. Was die Verträge zu Gunsten Dritter von der indirecten Stellvertretung unterscheidet, ist lediglich der übrigens auch nur regelmässig vorhandene Mangel eines internen Rechtsverhältnisses zwischen dem Versprechensempfänger und dem anderen Contrahenten, wie es bei der indirecten Stellvertretung gewöhnlich (abgesehen von der *negotiorum gestio*) die Ursache des Vertragschlusses bildet. Die Theorie hat die Verträge zu Gunsten Dritter, da sie

[1] *L.* 38 § 17 *D. de verb. obl.: Alteri nemo stipulari potest — inventae sunt obligationes, ut unusquisque sibi acquirat.*

gewöhnlich nur obligatorischen Inhalt haben, auf eine Leistung gerichtet sind, bislang stets im allgemeinen Theile des Obligationenrechts abgehandelt. Ich halte ihre Einreihung an dieser Stelle wegen der aufgewiesenen begrifflichen Verwandschaft für angezeigt, wenngleich das Bürgerliche Gesetzbuch, das ihre Zulässigkeit auf obligatorische Verträge beschränkt, der bisherigen Systematik folgt.

Nach älterem römischen Rechte waren die Verträge zu Gunsten Dritter im Princip aus demselben Grunde ungültig, aus dem es die directe Stellvertretung ablehnte (vgl. S. 467 oben),[1]) nämlich abgesehen vom Egoismus des altrömischen Verkehrs wegen des Complicirung der Rechtsverhältnisse, wenn nicht bloss der bestimmte Vertragsgegner, sondern irgend eine unbekannte dritte Person aus dem Vertrage einen Anspruch erlangt.

Doch hat das spätere römische Recht, das Pandektenrecht, den älteren Grundsatz in doppelter Richtung durchbrochen:

1. Es giebt dem A., auch wenn er von B. nicht sich, sondern einem Dritten, dem C., versprechen liess, eine Klage gegen B., sofern er nur ein Interesse an der Leistung des B. gegen C. hat;[1]) und zwar genügt ein sittliches oder sonst berechtigtes Interesse.[2])

2. Es giebt unter Umständen auch dem C., demjenigen, zu dessen Gunsten der Vertrag geschlossen ist, eine Klage gegen den B., welcher sich dem A. verpflichtet hat, so insbesondere:

a) beim Versprechen der Rückgabe einer *dos* (Mitgift) an eine dritte Person,[3])

b) bei einer Schenkung, wenn die Leistung an den Dritten sich als Auflage (*lex rei suae dicta*) darstellt,[4])

c) beim Pfandverkauf, wenn der Gläubiger A. beim Ver-

[1]) *L.* 38 § 22 *D. de v. o.* 45, 1 § 2 *J. de inut. stip.* 3, 19. *l.* 3 *Cod. i. f. de inut. stip.* 8, 39.

[2]) *L.* 54 *pr. D. mandati* 17, 1: *placuit prodentioribus affectus rationem in bonae fidei judiciis habendam.*

[3]) *L.* 45 *D. soluto matrimonio* 24, 3. *l.* 7 *Cod. de pactis conventis* 7, 14.

[4]) *L.* 3 *Cod. de donat.* 8, 45.

kaufe der Pfandsache an B. dem Schuldner C. das Einlösungsrecht bis zu einem bestimmten Termine vorbehält,[1])

d) beim Depositum (Hinterlegung) und Commodat (Leihvertrag), wenn der Depositar oder Commodatar sich verpflichtet, einem Anderen als dem Deponenten oder Commodanten die Sache herauszugeben.[2])

In allen diesen Fällen wird die Klage dessen, zu dessen Gunsten der Vertrag geschlossen, C., als *actio utilis,* diejenige des Vertragschliessenden als *actio directa* bezeichnet. Ein bewusstes Princip, als dessen Durchbruchspunkte die angegebenen Fälle zu erklären wären, lässt sich nicht auffinden.

Die gemeinrechtliche Theorie und Praxis ist durch weitere positiv, gewohnheits- oder gesetzesrechtlich, anerkannte Geschäfte des deutschen Rechts oder des modernen Verkehrs, z. B. die bäuerlichen Gutsübergaben mit Ausbedingung einer Abfindung oder sonstiger Begünstigungen oder mit Bestellung eines Leibgedinges (Leibzucht) für Dritte, die Lebensversicherungen zu Gunsten Dritter, Verkäufe mit Abrede von Leistungen an Dritte, die Erfüllungsübernahme, d. h. Abrede, dass der Gläubiger des Schuldners sich auch an den Uebernehmer als Schuldner halten könne, weiter gedrängt worden und war zum Theil schon vor dem Bürgerlichen Gesetzbuche zu dem Satze gelangt, dass schlechthin alle Verträge zu Gunsten Dritter dem Dritten einen Anspruch gegen den Verpflichteten gewähren müssten. Doch bestand insofern noch ein Zweifel, ob der Dritte das Recht unmittelbar mit dem Vertragsschlusse ohne irgend eine Mitwirkung (Acceptation) seinerseits oder erst durch gleichzeitigen oder späteren Beitritt (im Sinne der Annahme einer Offerte) erwerbe.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat in § 328 die erstere Wirkung grundsätzlich zugelassen:

„Durch Vertrag kann eine Leistung an einen Dritten mit der Wirkung bedungen werden, dass der

[1]) *L.* 13 *pr. D.* 13. 7. *l.* 17 § 1 *D. de distr. pign.* 20, 7.

[2]) *L.* 8 *Cod. ad exhibendum* 3, 42. *l.* 26 *pr. D. deposit.* 16, 3. Auch bei öffentlicher Hinterlegung *l.* 19 *Cod. de usuris* 4, 32. — Vgl. ferner *l.* 14 *D. de transact.* 2, 15. *l.* 27 § 1 *D. de pactis* 2, 14.

Dritte unmittelbar das Recht erwirbt, die Leistung zu fordern."

Aber verständiger Weise hat das Bürgerliche Gesetzbuch damit nur eine dispositive Vorschrift geben wollen. Ob die Absicht des B. darauf geht, dem C. ein unmittelbares selbständiges Recht zu begründen, ist eine reine Auslegungsfrage.

§ 328 Abs. 2: „In Ermangelung einer besonderen Bestimmung ist aus den Umständen, insbesondere aus dem Zwecke des Vertrages, zu entnehmen, ob der Dritte das Recht erwerben, ob das Recht des Dritten sofort oder nur unter gewissen Voraussetzungen entstehen und ob den Vertragschliessenden die Befugniss vorbehalten sein soll, das Recht des Dritten ohne dessen Zustimmung aufzuheben oder zu ändern."

Im Zweifel ist nach meiner Ansicht mit Ausnahme der familienrechtlichen Verträge, insbesondere der Eheverträge, die eine dauernde rechtliche Grundlage schaffen sollen, anzunehmen, dass die Vertragschliessenden das Recht des Dritten ohne dessen Zustimmung aufheben oder ändern können, so z. B. bei einer Versicherung zu Gunsten eines Dritten. Ein Moment, das gegen diese Präsumtion spricht, würde in der eingeholten Zustimmung des Dritten zu befinden sein. Ferner macht es für die Feststellung der Parteiabsichten einen beachtenswerthen Unterschied aus, ob die Zuwendung an den Dritten eine liberale oder onerose ist. Im letzteren Falle (Beispiele: Ausbedingen eines Trinkgeldes für Kutscher oder Reitknecht, Vereinbarung zwischen Verkäufer und Käufer, dem räumenden Pächter das Saatkorn zu vergüten, Uebernahme der Pensionen früherer Staatsdiener in einem Staatverstrage seitens des annectirenden Staates) bin ich geneigt, die Unwiderruflichkeit des für den Dritten begründeten Rechts anzunehmen.

Gegen die Begründung eines unmittelbaren Anspruchs des Dritten normirt das Bürgerliche Gesetzbuch eine Präsumtion, sobald eine Schuldübernahme möglich ist:

§ 328: „Verpflichtet sich in einem Vertrage der eine Theil zur Befriedigung eines Gläubigers des anderen Theiles, ohne die Schuld zu übernehmen, so ist im Zweifel nicht anzunehmen, dass der Gläubiger un-

mittelbar das Recht erwerben soll, die Befriedigung von ihm zu fordern."

Diese Präsumtion hat eine grosse practische Bedeutung bei der häufig vorkommenden Uebertragung ganzer Geschäftsvermögen mit ihren Ausständen und Schulden. Nur wenn in solchen Fällen die Contrahenten die Gläubiger durch Circular oder öffentliche Anzeige von der Uebernahme der Passiva in Kenntniss setzen, erhalten diese ein unmittelbares Klagerecht gegen den Geschäftsnachfolger, ohne darum ihren Anspruch gegen den Verkäufer des Geschäftes zu verlieren.

Die umgekehrte Präsumtion stellt das Bürgerliche Gesetzbuch auf für Lebensversicherungs-, Leibrentenverträge und Schenkungen mit der Auflage von Leistungen an Dritte sowie für Abfindungsverträge.[1]) Soll die Leistung an den Dritten nach dem Tode desjenigen erfolgen, welchem sie versprochen wird, so erwirbt der Dritte das Recht auf Leistung im Zweifel mit dem Tode des Versprechensempfängers (§ 331 B.G.B.).

Auch ein Vertrag zu Gunsten eines noch Ungeborenen (vgl. S. 77 ff oben) wird von dem Bürgerlichen Gesetzbuch als gültig vorausgesetzt.

„Stirbt der Versprechensempfänger vor der Geburt des Dritten, so kann das Versprechen, an den Dritten zu leisten, nur dann noch aufgehoben oder geändert werden, wenn die Befugniss dazu vorbehalten worden ist" (§ 331). Dieser Satz würde, da der Vertrag zu Gunsten Dritter nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche ein Vertrag ist, also vertragsmässige Gebundenheit erzeugt und so wie so nicht durch einseitigen Rücktritt, sondern nur durch *mutuus dissensus* aufgehoben werden kann, überflüssig sein, wenn er nicht mit dem Tode des

[1]) § 330: „Wird in einem Lebensversicherungs- oder einem Leibrentenvertrage die Zahlung der Versicherungssumme oder der Leibrente an einen Dritten bedungen, so ist im Zweifel anzunehmen, dass der Dritte unmittelbar das Recht erwerben soll, die Leistung zu fordern. Das Gleiche gilt, wenn bei einer unentgeltlichen Zuwendung dem Bedachten eine Leistung an einen Dritten auferlegt oder bei einer Vermögens- oder Gutsübernahme von dem Uebernehmer eine Leistung an einen Dritten zum Zwecke der Abfindung versprochen wird."

einen Contrahenten noch eine besondere passive Gebundenheit der Erben des Verstorbenen constituiren wollte. Wir haben hier eine eigenthümliche Ausnahme von der sonstigen allgemeinen Vererblichkeit aller Vermögensrechte. Das Recht des Versprechensempfängers mit seinem Vertragsgegner, den Vertrag zu Gunsten eines Dritten wieder aufzuheben oder zu ändern, ist ein höchst persönliches, unvererbliches, wenn der Dritte noch nicht geboren ist zur Zeit des Todes des Versprechensempfängers, es sei denn, dass es den Erben ausdrücklich vorbehalten worden ist. *Per argumentum a contrario* lässt sich daraus folgern, dass nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche im Zweifel, d. h. abgesehen von den oben gedachten Fällen, nicht nur der Versprechensempfänger selbst, sondern auch dessen Erben den Vertrag mit Einwilligung des Vertragsgegners abändern oder aufheben können, wenn es sich um die Leistung an einen lebenden Dritten handelt. Wir haben hier also den merkwürdigen Fall, dass ein Ungeborener, obwohl ein solcher im streng begrifflichen Sinne, da seine dereinstige Existenz noch ungewiss ist, gar kein subjectives Recht haben kann, dennoch in Hinsicht auf ein werdendes Recht, auf die Möglichkeit, ein Recht zu erwerben, die Anwartschaft, grösseren Schutz geniesst, als der Lebende. Bestätigt wird ferner durch diese Ausnahme, dass der lebende Dritte, zu dessen Gunsten ein Vertrag abgeschlossen worden ist, in allen Fällen, wo er nicht unmittelbar ein Recht daraus erwirbt, nur eine Hoffnung, eine rechtlich nicht gesicherte und daher unvererbliche Anwartschaft auf ein Recht erlangt.

Der in § 331 cit. oben gedachte Vorbehalt braucht jedoch kein ausdrücklicher zu sein, die Vorschrift bezweckt nach den Commissionsprotocollen (I. S. 759, 766): „einen den Anschauungen entsprechenden Schutz Ungeborener gegen die Gefahr, eine ihnen zugedachte Vermögenszuwendung nach dem Tode des Versprechensempfängers in Folge einer Abmachung der Erben des letzteren mit dem Versprechenden zu verlieren. Ohne eine ausdrückliche gesetzliche Bestimmung würde der Rechtsgültigkeit einer solchen Abmachung nichts im Wege stehen. Der Regel nach stehe dieselbe jedoch mit den Absichten, von denen sich der Versprechensempfänger beim Abschluss des

Vertrages leiten lasse, im Widerspruch. Es empfehle sich deswegen, die Aufhebung oder Abänderung der dem Ungeborenen versprochenen Leistung durch die Erben des Versprechensempfängers nur insoweit zuzulassen, als sich ein Vorbehalt hierzu aus dem Inhalte des Vertrages ergebe". Hat sich übrigens der Versprechensempfänger die Befugniss vorbehalten, ohne Zustimmung der Versprechenden an die Stelle des in dem Vertrage bezeichneten Dritten einen Anderen zu setzen, so kann dies im Zweifel auch in einer Verfügung von Todeswegen geschehen (§ 332). Diese Bestimmung ist practisch besonders für den Fall einer Lebensversicherung zu Gunsten eines Dritten, es bedarf darnach keiner ausdrücklichen Erklärung an den Versicherer, um dem Versichernden das Recht zu wahren, auch in einer Verfügung von Todeswegen an Stelle des in der Police Versicherten einen Anderen zu setzen.

In allen Fällen, wo der Dritte nach den Intentionen der Vertragschliessenden ein unmittelbares Recht auf die Leistung erwirbt, ohne dass es eines Acceptes seinerseits bedarf, ist dennoch dieses Recht kein unbedingtes. Denn selbstverständlich ist es bedingt durch die Annahme der Leistung. Aber die Annahme ist nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch nicht als Suspensivbedingung aufzufassen, vielmehr soll die Zurückweisung des Rechts seitens des Begünstigten als Resolutivbedingung gedacht werden, mit der Bedeutung, dass derselben rückwirkende Kraft zukommt. Dies ist ausweislich der Motive II. S. 272 der sonst schwer verständliche Sinn des wiederum für den doctrinärsubtilen Geist des Bürgerlichen Gesetzbuches typischen

§ 333: „Weist der Dritte das aus dem Vertrage erworbene Recht dem Versprechenden gegenüber zurück, so gilt das Recht als nicht erworben."

Welche practische Bedeutung diesem „constructiven" Rechtssatze innewohnt, ist übrigens, solange nicht das Leben einen Rechtsfall zeitigt, in dem er zur Anwendung kommt, nicht erkennbar. Die Motive vergessen nicht zu betonen: „Die Ablehnung des Forderungsrechts ist zweifellos ein einseitiges, gegenüber den Promittenten vorzunehmendes Rechtsgeschäft."

Die begriffliche Verwandschaft der Verträge zu Gunsten Dritter mit der indirecten Stellvertretung erkennt das Bürgerliche Gesetzbuch unbewusst an in § 335:

> „Der Versprechensempfänger kann, sofern nicht ein anderer Wille der Vertragschliessenden anzunehmen ist, die Leistung an den Dritten auch dann fordern, wenn diesem das Recht auf die Leistung zusteht."

Darnach bleibt nämlich der eigentliche Contrahent, der Versprechensempfänger, aus dem Vertrage als dessen wahres Subject berechtigt, er hat die *actio directa* allerdings auf Leistung nicht an sich, sondern an den Dritten; ebenso wie der Institor die *actio directa* hatte neben der bloss adjecticischen *actio utilis* des Principals (vgl. S. 513 ff. oben). Wir haben eine Obligation mit mehreren Subjecten auf activer Seite, also eine Correalobligation (actives Gesammtschuldverhältniss) nur mit der Besonderheit, dass die Leistung selbst ausschliesslich an den Dritten erfolgen kann; es ist eben eine Eigenthümlichkeit des modernen Obligationenrechts, dass es auch Ansprüche auf Leistungen an Andere kennt, da es von dem früher wenigstens in der herrschenden Theorie (wenn auch zu Unrecht behaupteten) Erfordernisse eines selbstischen Vermögensinteresses für die Obligation absieht. Die *actio utilis* des Dritten ist nur eine Ausdehnung des Klagrechts in subjectiver Beziehung.

Allerdings können, da § 335 nur eine Auslegungsregel giebt, die Vertragschliessenden von vornherein auch ausschliesslich dem Dritten das Klagrecht gewähren. Dennoch bleibt der Vertragschliessende auch in diesem Falle Subject des Vertrages, nur ist er es von vornherein ohne Klagrecht, da letzteres mit seinem ausdrücklichem Willen seinerseits sofort auf den Dritten übergeht.

Aus dieser Einheit des obligatorischen Bandes ergiebt sich als begriffliche, auch practisch gerechtfertigte, Consequenz die Bestimmung des § 334:

> „Einwendungen aus dem Vertrage stehen dem Versprechenden auch gegenüber dem Dritten zu."

Der Dritte hat eben (abgesehen vom Fall seines ausschliesslichen Klagrechts) nur eine *actio utilis*, die materiell

völlig identisch ist mit dem Anspruche des eigentlichen Vertragssubjectes, der *actio directa*. Diese Identität des obligatorischen Verhältnisses wird auch dann nicht in Frage gestellt, wenn er, wie es nach einigen der oben gedachten Bestimmungen möglich ist, gleich mit dem Vertragsschlusse ein der Disposition der Vertragstheile fernerhin entzogenes unentziehbares Recht aus dem Vertrage erlangt hat. Unter „Einwendungen" im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches sind sowohl die Einreden im engeren Sinne (siehe Abschnitt VI dieses Theils unten) als auch die Berufung auf *ipso jure* rechtshindernde und rechtsvernichtende Thatumstände (Einwendungen im processualen Sinne) zu verstehen. Hiernach entsteht, wie die Motive II. S. 272 bemerken, „wenn das Versprechen der Leistung an den Dritten im Verhältniss zwischen den Vertragschliessenden die Natur einer Gegenleistung gegenüber einer Leistung des Promissars hat (z. B. bei Lebensversicherung zu Gunsten Dritter die Prämienzahlungen), aus der Nichterfüllung von Seiten des letzteren auch dem Dritten gegenüber eine Einrede, da, wenn nicht ein Anderes aus dem Vertrage sich ergiebt, anzunehmen ist, es solle der Dritte die Leistung nur unter der Voraussetzung von dem Versprechenden fordern können, dass diesem gegenüber von dem Promissar die Gegenverbindlichkeit erfüllt werde". — Doch ist wohl zu beachten, dass dem Dritten gegenüber nur Einwendungen aus dem Vertrage erhoben werden können; Forderungen also, die der Versprechende sonst an den Versprechensempfänger hat, können dem Dritten nicht in Aufrechnung gebracht werden. Endlich findet § 334 cit. keine Anwendung, wenn der Versprechende sich nur auf Grund eines früher mit einem Anderen geschlossenen Vertrages dem Dritten gegenüber selber beispielsweise durch Schuldübernahme verpflichtet hat, sofern darin eine Novation liegt, d. h. eine neue selbständige *causa* geschaffen ist, da in diesem Falle [1]) der Dritte sich unmittelbar gar nicht auf den Vertrag zu Gunsten eines Dritten beruft.

[1]) Aber nur in diesem Falle; die Bemerkung der Commissionsprotocolle I. S. 769: „Auch hätten die Fälle ausser Betracht zu bleiben,

§ 26.

Blosse Reflexwirkungen subjectiver Rechte zu Gunsten Dritter.[1])

Von den durch Vertrag nach heutigem Rechte begründbaren Rechten zu Gunsten Dritter sind blosse thatsächliche Reflexwirkungen, die ein Recht zu Gunsten einer dritten nicht selbst berechtigten Person äussern kann, wohl zu unterscheiden. Wir haben im vorigen Paragraphen gesehen, dass es lediglich von der Absicht der Parteien abhängt, ob sie dem Dritten ein Recht durch ihren Vertrag beschaffen wollen oder nicht. Nehmen wir an, es habe Jemand durch letztwillige Verfügung angeordnet, dass sein Erbe A. die Schulden seines Neffen B. an dessen Gläubiger C. und D. bezahlen solle. Es ist hier eine rein thatsächliche Auslegungsfrage, ob nur der Neffe B. oder auch die Gläubiger C. und D. einen klagbaren Anspruch auf Zahlung der Schulden gegen A. erlangt haben. Zweifellos ist das Recht des Neffen B.; denn die Verfügung ist zu seinen Gunsten getroffen. Die Absicht des Testators kann aber auch dahin gehen, dass C. und D. ein selbständiges Recht haben sollten, er hat vielleicht gerade für diese Gläubiger seines insolventen Neffen sorgen wollen (*honorem habere*). In diesem Falle würden C. und D. gegen A., auch wenn B. dem A. gegenüber auf sein Recht verzichtet, aus eigenem Rechte

in welchen eine für den Dritten bestimmte Schuldnererklärung hingegeben sei", ist in ihrer unbestimmten Allgemeinheit bedenklich. Die Begründung: „Denn in diesen Fällen könnten Einreden aus dem Vertrage zwischen dem Versprechenden und dem Versprechensempfänger nicht hergeleitet werden, weil hier das Recht des Dritten nicht auf diesem Vertrage, sondern auf dem durch Annahme der Schuldnererklärung unmittelbar zwischen ihm und dem Versprechenden abgeschlossenen Vertrage beruhe", lässt vermuthen, dass die Commission hier gar keinen eigentlichen Vertrag zu Gunsten Dritter im Auge hatte, sondern eine von Anfang an principale Verpflichtung dem Dritten gegenüber. Andernfalls würde § 417 B.G.B. massgebend sein: „Der Uebernehmer (einer Schuld) kann dem Gläubiger die Einwendungen entgegensetzen, welche sich aus dem Rechtsverhältnisse zwischen dem Gläubiger und dem bisherigen Schuldner ergeben."

[1]) Vgl. v. Ihering, Dogmat. Jahrb. X. S. 245ff. Derselbe, Geist des röm. Rechts III. § 61 S. 339.

klagen können.[1]) Die Absicht des Testators kann aber auch auf das Interesse des Neffen B. beschränkt sein. Alsdann würde sich die Wirkung der Erfüllung der letztwilligen Verfügung für C. und D. lediglich als Reflexwirkung eines fremden Rechts darstellen. Wenn sich B. in diesem Falle mit A. vergleicht, sich abfinden lässt und auf Zahlung der Schulden verzichtet, so haben C. und D. keinerlei Rechtsansprüche gegen A.

Ein Hauseigenthümer A. verpflichtet den Handwerker B., binnen bestimmter Frist die dem C. vermietheten Räume zu streichen und zu tapeziren. Auch hier ist es möglich, dass A. dem C. ein unmittelbares Recht auf Contractserfüllung hat einräumen wollen, aber im Zweifel ist es nach § 329 B.G.B. nicht anzunehmen. Die blosse Thatsache, dass Jemand an der Erfüllung einer fremden Verbindlichkeit das lebhafteste Interesse hat, macht ihn nicht zum Berechtigten. Es liegt lediglich der thatsächliche Genuss eines Reflexes vor, wie er auch auf anderen nicht obligatorischen Gebieten, z. B. auf dem Gebiete des Sachenrechts, vorkommen kann. Wenn beispielsweise sich der Grundstückseigenthümer A. eine Aussichtsgerechtigkeit an dem benachbarten Grundstücke des B. bestellen lässt, so sind auch die Nachbarn C., D. u. s. w. in dem thatsächlichen Genusse dieses Rechts, sie sind gewissermassen Parasiten eines fremden Rechts.[2]) Rechte sind geschützte Interessen, wir

[1]) *L.* 11 § 21 *D. de legatis* 3: *Sic evenit, ut interdum si pluribus testator honorem habere voluit et de pluribus sensit quamvis unum legatum sit, tamen ad persecutionem ejus plures admittantur. ut puta si decem fuerunt ejusdem rei stipulandi et heres vel fideicommissarius rogatus est, ut eis solveret: hic enim si omnium interest et de omnibus sensit testator, fideicommissum relictum omnes petere potuerunt.*

[2]) *L.* 4 § 3 *D. si servitus* 8. 5: *Si fundus, cui iter debetur, plurium sit, unicuique in solidum competit actio, — itaque de jure quidem singuli experientur et victoria et aliis proderit.*

L. 4 § 7 *eod: Competit autem de servitute actio domino aedificii neganti servitutem se vicino debere, cujus aedes non in totum liberae sunt, sed ei cum quo agitur servitutem non debent. verbi gratia habeo aedes, quibus sunt vicinae Sejanae et Sempronianae. Sempronianis servitutem debeo, adversus dominum Sejanarum volo experiri altius me tollere prohibentem: in rem actione experiar: licet enim serviant aedes*

haben hier zwar 1) eine Verpflichtung des C. und 2) ein Interesse des B., — allein es besteht keine rechtliche Verbindung zwischen beiden, die Verpflichtung des B. ist nur relativ gegenüber dem A. vorhanden, das Interesse des B. ist kein rechtlich geschütztes.

Sechster Abschnitt.

Ausübung und Schutz der Rechte.

§ 1.

Ausübung der Rechte. Chikaneverbot.

Der Inhalt der meisten Rechte (im subjectiven Sinne) besteht in der Ausübung gewisser Handlungen. Wir haben gesehen, dass viele Juristen dadurch sogar zu der voreiligen Abstraction verleitet wurden, dass sie dass subjective Recht ohne Weiteres als eine Befugniss, ein Wollendürfen definirten. Die Unrichtigkeit dieser Begriffsbestimmung ist oben S. 68 nachgewiesen worden. Es giebt Rechte, deren substantieller Inhalt (Genuss) sich in ihrer passiven Anerkennung durch die Mitmenschen bezw. in der Nichtverletzung ihres idealen Inhalts erschöpft, z. B. das Recht der Persönlichkeit, das Recht der Ehre, das Recht am Namen. Bei diesen Rechten wird der substantielle Genuss (der Inhalt des Rechts) durch keinerlei active Bethätigung (Ausübung des Berechtigten) bedingt, wenngleich sich auch aus ihnen secundär die Befugniss zu mancherlei Willensbethätigung ableiten lässt. Bei anderen Rechten wird der Genuss oder ihr substantieller Inhalt wesentlich (primär) durch die active Realisiruung seines Inhalts in der Aussenwelt bedingt. Diese kann eine ver-

meae, ei tamen cum quo agitur non serviunt: hoc igitur intendo, habere me jus altius tollendi invito eo cum quo ago: quantum enim ad eum pertinet, liberas aedes habeo.

schiedene Gestalt annehmen 1. nach Verschiedenheit der Rechte selber. Es giebt Rechte, bei denen eine einmalige entschiedene Ausübung den ganzen Inhalt erschöpft, z. B. Pfandrecht als *jus distrahendi* zum Zweck der Befriedigung einer Forderung; bei anderen stellt sich die Ausübung als dauernder continuirlicher Zustand dar, z. B. bei negativen Servituten, bei anderen als Ausübung einer unbeschränkten Reihe von bestimmten Handlungen, z. B. bei den *servitutes discontinuae* (Weggerechtigkeiten u. s. w); wieder bei anderen ist beides möglich, z. B. beim Eigenthum, und bei einzelnen Rechten, z. B. bei dem Miethrecht, haben wir eine zeitlich beschränkte Verbindung beider Arten der Ausübung (dauernden Zustand und Befugniss einzelner bestimmter Handlungen); 2. nach Verschiedenheit der Form der Ausübung:[1]) Diese kann sein a) eine reale, persönliche, unmittelbare; b) eine ideale, mittelbare (durch Vertreter) oder ökonomische. Das Wesen der letzteren besteht darin, dass der Berechtigte den Genuss des Rechts einem Anderen zukommen lässt. Diese Uebertragung kann entgeltlich oder unentgeltlich geschehen.

Die Ausübung selbst kann bestehen 1. im *consumere*, (Verbrauch der Sache), 2. im *uti* (Benutzung), 3. *frui* (Fruchtziehung). Die entgeltliche Ueberlassung der ersteren Ausübungsart heisst Verkauf, die der zweiten Miethe, der dritten Pacht, die unentgeltliche der ersteren Schenkung, der zweiten und dritten *precarium* oder *commodat*.

Auch bei unentgeltlicher Ueberlassung der Ausübung liegt ein eigener idealer Genuss des Berechtigten vor.[2])

Nicht bei allen Rechten sind alle Formen der Ausübung gleichmässig zulässig. Die eine oder andere Form kann begrifflich bezw. durch die Sittlichkeit (z. B. Familienrechte, Rechte der Ehegatten), durch Gesetz, auch durch Vertrag ausgeschlossen sein.[3])

[1]) Vgl. v. Ihering, Geist des röm. Rechts IV. § 60 S. 333—338.

[2]) *L.* 12 § 2 *D. de usufr.* 7, 1. *l.* 54 § 1 *D. de furt.* 47, 2. (*species enim lucri est ex alieno largiri et beneficii debitorem sibi obligare.*)

[3]) Dem volljährigen Eigenthümer stehen sämmtliche zu Gebote, nur in einigen Ausnahmefällen ist ihm mit Rücksicht auf die einer anderen

Bei allen Rechten aber, bei welchen eine Trennung der Ausübung und des Rechts selber möglich ist, darf diese Trennung nur vorübergehend sein, wenn sie nicht das Recht selber aufheben soll. Fortgesetzte Ausübung des Rechts ruft das Recht selber ins Leben (Ersitzung), dauernde Nichtausübung lässt es untergehen (Verjährung).

Die Ausübung eines Rechtes kann für dritte Personen mit grossen Nachtheilen verbunden sein und sehr wohl gegen moralische Gebote verstossen. Dennoch bejaht das Recht nur seine eigene Begriffsbestimmung, wenn es den Satz aufstellt: *Qui suo jure utitur, neminem laedit.*[1] Ausübung eines Rechts ist niemals ein Unrecht. Insbesondere liegt die Unsittlichkeit der Rechtsausübung zu Tage, wenn der Berechtigte, ohne im gegebenen Zeitpunkte ein ökonomisches oder sittliches Interesse daran zu haben, lediglich deshalb ein Recht ausübt, um einem Anderen zu schaden (Chikane).

Das Pandektenrecht hat die Chikane in bestimmten Fällen verboten, so z. B. beschränkt es das *jus tollendi* des *bonae fidei possessor*,[2] auch das Recht des Eigenthümers bezüglich der auf seinem Grund und Boden befindlichen Quelle [3] und gegenüber Vorrichtungen zur Regelung des Wasserlaufs.[4]

Person eingeräumte Expectanz auf die Sache die Form der Consumtion verschlossen, so z. B. beim Dotalgrundstück, Familienfideicommiss, ohne dass die römischen Juristen darin eine Alterirung des Eigenthumsbegriffes erblickt hätten. v. Ihering, Geist des röm. Rechts III. S. 336.

[1]) *L.* 55 *D. de R. J.* 50, 17: *Nullus videtur dolo facere, qui suo jure utitur.*

L. 151 *eod: Nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere jus non habet.*

[2]) *L.* 38 *D.* 6, 1: — — *neque malitiis indulgendum est, si tectorium puta, quod induxeris, picturasque corradere velis nihil laturus nisi ut officias.*

[3]) *L.* 1 § 12 *D. de aqua* 39. 2: *Denique Marcellus scribit cum eo, qui in suo fodiens vicini fontem avertit, nihil posse agi nec de dolo actionem: et sabe non debet hakere, si non animo vicino nocendi, sed suum agrum meliorem faciendi id fecit.*

[4]) *L.* 2 § 12 *D. de aqua* 39. 2: — *quamquam tamen deficiat aquae pluviae arcendae actio, attamen opinor utilem actionem vel interdictum competere adversus vicinum, si velim aggerem restituere in agro ejus, qui*

Ein allgemeines Verbot der Chikane oder gar die Regel: *quod mihi prodest et tibi non nocet, ad id compellere potest,* die Einige aus der unter *not.* 6 *cit. l.* 2 § 12 *D. de aqua* abzuleiten versucht haben, ist von der Theorie und Praxis des Pandektenrechts stets mit vollem Rechte verneint worden.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat folgende unter diesen Gesichtspunkt fallende Einzelbestimmungen:

§ 997: „Das Recht zur Abtrennung (*jus tollendi* des Besitzers im Fall Vindication) ist ausgeschlossen, wenn — — die Abtrennung für ihn keinen Nutzen hat oder ihm mindestens der Werth ersetzt wird, den der Bestandtheil nach der Abtrennung für ihn haben würde.“

§ 910 Abs. 2: „Dem Eigenthümer steht dieses Recht (das Recht, in sein Grundstück eingedrungene Wurzeln oder überhängende Zweige abzuschneiden) nicht zu, wenn die Wurzeln oder die Zweige die Benutzung des Grundstücks nicht beeinträchtigen.“

§ 905: „Der Eigenthümer (eines Grundstücks) kann Einwirkungen (auf den Luftraum oder Erdkörper unter der Oberfläche) nicht verbieten, die in solcher Höhe oder Tiefe vorgenommen werden, dass er an der Ausschliessung kein Interesse hat.“

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat jedoch (im Gegensatze zum Entwurf I) in § 226 ausserdem noch ein ganz allgemeines Chikaneverbot aufgestellt:

„Die Ausübung eines Rechts ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem Anderen Schaden zuzufügen.“

Dieser Paragraph ist mit geringer Majorität gegen den Antrag der verbündeten Regierungen durchgesetzt worden. Mit Recht ist die Befürchtung ausgesprochen worden, dass die Aufstellungeines so allgemeinen Grundsatzes eher geeignet sei, die Chikane zu vermehren, als zu verhindern. Es ist dadurch z. B. böswilligen Schuldnern ein stets bereites Mittel zur Verzögerung des Processes in die Hand gegeben worden.

factus mihi prodesse potest, ipsi vero nihil nociturus est: haec aequitas suggerit, etsi jure deficiamur.

§ 2.

Schutz der Rechte durch Selbsthülfe. Nothwehr. Nothstand. Eigenmacht oder Selbsthülfe im engeren Sinne.

Es ist dem Privatrechte wesentlich, dass es den Schutz des subjectiven Rechtes ausschliesslich dem Berechtigten selber anheimstellt. *Jura vigilantibus scripta sunt.* (*L.* 24 *D. quae in fraudem* 42,8.)

Der „Selbstschutz des Interesses" hat sich aber im Verlaufe der Rechtsgeschichte aus einer Form der reinen Selbsthülfe (System der Selbtshülfe) zu der staatlich geregelten Form entwickelt, die heutzutage als Civilprocessverfahren in bei weiten den meisten Fällen der privaten Rechtsverletzung die Regel bildet. Auch sie ist im weiteren Sinne Selbsthülfe, die verletzte Partei hat selber die Initiative zu ergreifen und zu Folge der sog. Verhandlungsmaxime, welche das Civilprocessverfahren durchdringt, geschieht bis zu der durch staatliche Organe durchgeführten Vollstreckung des Urtheils nichts ohne ihren Antrag. Auch heute noch ist es in Privatsachen reine Privatsache der Individuen, sich Recht zu verschaffen. Andererseits war auch im ältesten Rechtsgang, wenngleich damals die Selbsthülfe der Individuen auch in der Offensive viel schärfer als eigenes Handeln hervortrat, diese Schutzhandlung der Selbsthülfe durch gewisse materielle und formale Bedingungen geregelt.

Was wir heutzutage Klage nennen, bezeichnet das römische Recht, in Erinnerung des rechtsgeschichtlichen Ursprungs, männlicher als *actio*, Handlung. Schon im ältesten römischen Rechtssysteme aber musste diese Schutzhandlung eine gesetzliche sein, *legis actio*, und kennzeichnete sich als solche durch den Gebrauch bestimmter dem Gesetze entnommener Worte und zugehöriger symbolischer Formen.

Den Begriff der Selbsthülfe im weiteren Sinne zerlegen wir heutzutage in drei Unterbegriffe, den der Selbstvertheidigung (Abwehr drohender Rechtsverletzungen), den der Rache (Wiedervergeltung eines uns zugefügten Uebels) und den der Selbsthülfe im engeren Sinne (Aneignung dessen, worauf wir einen Anspruch zu besitzen glauben).

Die Rache, welche im Pandektenrechte noch in der Privatstrafe nachklingt, im heutigen Strafrecht aber ganz unter öffentliche Vormundschaft gestellt ist, scheidet jetzt aus dem Privatrechtssysteme aus.

I. Die Selbstvertheidigung, der Schutz eines Privatrechts ohne Hülfe der Obrigkeit, ist nach gemeinem Rechte auch zur Zeit noch dem Rechte in der Defensive unbeschränkt gestattet. *Vim vi repellere licet, hoc jura omnia permittunt.* An sich ist jedes Mittel zur Abwehr eines rechtswidrigen Angriffes erlaubt, doch nur soweit, als es zur Abwehr erforderlich ist. Die hieraus sich ergebende Beschränkung in den anzuwendenden Mitteln bezeichnete die ältere Theorie als *moderamen inculpatae tutelae.* Die Pandekten berücksichtigten bei dieser Einschränkung aber nicht minder, wie das heutige Strafrecht (§ 53 Abs. 2 St.G.B.), die Erregtheit des Angegriffenen und die Unmöglichkeit, die Tragweite der anzuwendenden Mittel genau abzuschätzen.[1])

Aus letzterem Grunde schliesst auch die blosse Putativnothwehr die Rechtswidrigkeit der Vertheidigungshandlung aus.[2]) Auf das Werthverhältniss des bedrohten Gutes zum angegriffenen kommt nichts an. Eine wesentliche Voraussetzung ist lediglich die Gegenwärtigkeit des unmittelbar bevorstehenden Angriffes. Nach Vollendung desselben, geschehener Rechtsverletzung, würde die Selbstvertheidigung in Rache umschlagen.[3])

[1]) *L.* 1 *Cod. unde vi. l.* 5 *pr. l.* 52 § 1 *D. ad leg. Aqu.* 9. 2. *l.* 5 *pr.* (*si meta quis mortis furem occiderit, non dubitabitur, quin lege Aquilia non teneatur. sin autem cum posset adprehendere, maluit occidere, magis est, ut injuria fecisse videatur*).

[2]) *L.* 27 § 1 *D.* 19, 2: — *si causa fuisset, cur periculum timeret, quamvis periculum vere non fuisset, tamen non debere mercedem, l.* 49 § 1 *D.* 9. 2: — — *cessare legis Aquiliae actionem: justo enim metu ductus, ne ad se ignis perveniret, vicinas aedes intercidit: et sive pervenit ignis sive ante extinctus est, existimat legis Aquiliam actionem cessare.*

[3]) *L.* 3 § 9 *D. de vi* 43, 16: *Eum igitur, qui cum armis venit, possumus armis repellere, sed hoc confestim, non ex intervallo, dummodo sciamus non solum resistere permissum, ne dejiciatur, sed et si dejectus quis fuerit, eundem dejicere non ex intervallo, sed ex continenti.*

Auch das Bürgerliche Gesetzbuch erklärt in § 227 eine durch Nothwehr, d. h. zum Zwecke der Selbstvertheidigung vorgenommene Handlung für nicht widerrechtlich. Es definirt die Nothwehr genau wie das St.G.B. § 53, als

> „diejenige Vertheidigung, welche erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem Anderen abzuwehren".

Im Gegensatze zum römischen Rechte, aber übereinstimmend mit dem deutschen Strafrechte, ist darnach nicht nur die Vertheidigung eigenen Rechts, sondern auch diejenige fremder Rechte gegen Verletzung (Nothhülfe) gestattet. Im Uebrigen entspricht dieser Nothwehrbegriff den oben bezeichneten pandektenrechtlichen Grundsätzen.

Absichtlich hat das Bürgerliche Gesetzbuch die im Strafgesetzbuche vorgesehene straflose Ueberschreituncg nicht mit aufgenommen; die das erforderliche Mass der Vertheidigung überschreitende Nothwehr bleibt daher, ebenso wie die Putativnothwehr, sofern sie auch nur fahrlässig schuldhaft ist, rechtswidrig im Sinne des Civilrechts und verpflichtet zum Schadensersatz nach § 823 ff. (vgl. auch R.G. XXI Nr. 54). Zweifelhaft war es nach dem Strafgesetzbuche, ob Nothwehr einen Angriff von Menschen voraussetze oder auch gegen Thiere zulässig sei, ferner ob der Angriff ein subjectiv (zurechnungsfähig) rechtswidriger sein müsse oder ob objective Rechtswidrigkeit genüge. Nach Pandektenrecht umfasst die Selbstvertheidigung auch den Nothstand im Sinne des Strafrechts, d. h. jede objective Gefährdung eines Rechtsguts. Das deutsche Strafgesetzbuch beschränkt jedoch die strafrechtliche Bedeutung des Nothstandes auf Gefahr für Leib und Leben.

Der richtigen Ansicht nach ist „Nothwehr" im Sinne des B.G.B. § 227 auch dann gegeben, wenn der Angriff nur ein objectiv rechtswidriger ist, also auch bei einem Angriffe von Kindern oder Wahnsinnigen. Dagegen ist jetzt durch § 228 des B.G.B. ein besonderer Nothstandsbegriff für das Bürgerliche Recht eingeführt worden:

> „Wer eine fremde Sache beschädigt oder zerstört,

um eine durch sie drohende Gefahr von sich oder einem Anderen abzuwenden, handelt nicht widerrechtlich, wenn die Beschädigung oder die Zerstörung zur Abwehr der Gefahr erforderlich ist und der Schaden nicht ausser Verhältniss zu der Gefahr steht. Hat der Handelnde die Gefahr verschuldet, so ist er zum Schadensersatze verpflichtet."

Den legislativen Grund für diese Bestimmung geben die Motive dahin an, dass die Bedrohung eines Rechtsguts durch Sachen, seien es auch Thiere, nicht wohl als rechtswidriger Angriff bezeichnet werden könne, wie die Bedrohung durch unzurechnungsfähige Menschen, bei denen doch auch die objective Rechtswidrigkeit ihres Thuns nicht durch den bloss subjectiven Schuldausschliessungsgrund beseitigt wird; eine besondere Regelung der Vertheidigung gegen gefahrdrohende Sachen erschiene daher schon aus rein theoretischen Gründen angezeigt.[1])

Im Uebrigen unterscheidet sich dieses civilrechtliche Nothstandsrecht von dem strafrechtlichen dadurch, dass jedes Rechtsgut, nicht nur Leib oder Leben, durch seine Ausübung geschützt werden darf, auch dass die Nothhülfe nicht auf den Kreis der Angehörigen beschränkt ist. Vom Rechte der Nothwehr aber unterscheidet es sich durch den hier massgebenden Gesichtspunkt der Relativität der Interessen: Nicht bei jeder Gefährdung irgend eines Rechtsguts darf man eine jede fremde Sache zerstören oder beschädigen; ist die gefährdete Sache der gefährdenden gegenüber minderwerthig, so ist die Beschädigung oder Zerstörung der letzteren nicht gerechtfertigt; um einige Blumen meines Gartens zu schützen, darf ich nicht den werthvollen Hund meines Nachbarn erschiessen oder verwunden, um einen Anker zu retten, nicht das transatlantische Kabel zerstören.

Sind die Voraussetzungen dieses Nothstandes gegeben, ist die Handlung nicht rechtswidrig. Dies bedeutet nicht

[1]) Nach Endemann (Einf. in das B.G.B. 3. Aufl.) S. 375 „eine Spitzfindigkeit, die nun die Rechtsauslegung mit ganz unnöthigen Schwierigkeiten belastet".

nur, dass sie keine unerlaubte Handlung im Sinne des B.G.B. §§ 823 ff., sondern dass sie auch nicht strafbar ist. Denn der Ausschluss der Rechtswidrigkeit ist ein allgemeiner Strafausschliessungsgrund oder richtiger gesagt: Zum objectiven allgemeinen Thatbestande aller Strafhandlungen gehört Rechtswidrigkeit der That. Das Bürgerliche Gesetzbuch greift somit durch § 228 sehr erheblich in das Strafrecht über; denn auch der Begriff des strafrechtlichen Nothstandes wird durch den § 228, allerdings nur in Beziehung auf die Sachbeschädigungsdelicte, erweitert. Eine Selbstvertheidigung gegen Sachen im Sinne des § 228 ist nicht rechtswidrig, folglich handelt der Eigenthümer einer Sache, der sich dem widersetzt, der sie aus dem Grunde des § 228 zerstört oder beschädigt, nicht in berechtigter Nothwehr.

Da nun die „Selbstvertheidigung gegen Sachen" im Sinne des § 228 nicht rechtswidrig ist, so wird ferner der Beschädiger oder Zerstörer der fremden Sache auch nicht zum Schadensersatze verpflichtet. Von dieser aus dem Ausschluss der Rechtswidrigkeit folgenden Consequenz macht aber S. 2 § 228 folgende Ausnahme:

> „Hat der Handelnde die Gefahr verschuldet, so ist er zum Schadensersatze verpflichtet."

Aus diesem Satze ergeben sich *per argumentum a contrario* und mit Rücksicht auf die nach den Protocollen ausschlaggebend gewesenen gesetzgeberischen Erwägungen nach verschiedenen Richtungen sonderbare Consequenzen:

Im Gegensatze zum strafrechtlichen Nothstandsbegriffe (§ 54 St.G.B.)[1]) wird civilrechtlicher Nothstand im Sinne des § 228 durch Verschulden des Thäters, d. h. durch schuldhafte, fahrlässige, aber auch selbst vorsätzliche Herbeiführung des Nothstandes, nicht ausgeschlossen. Die Handlung wird durch schuldhafte Herbeiführung des Nothstandes keine unerlaubte. Die Protocolle I. S. 252 bemerken ausdrücklich:

[1]) „Eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden, wenn die Handlung ausser dem Falle der Nothwehr in einem unverschuldeten, auf andere Weise nicht zu beseitigenden Nothstande zur Rettung einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben des Thäters oder eines Angehörigen begangen worden ist."

Das Fehlen eigener Verschuldung in Ansehung der Verursachung der Gefahr ist nicht zur Voraussetzung für die Erlaubtheit der Abwehrhandlung gemacht. Die Abwehrhandlung soll auch dann, wenn der Handelnde die Gefahr schuldhafter Weise verursacht hat, in dem Sinne rechtmässig sein, dass die That straflos bleibt und dem Thäter die Nothwehrlage (*sic!*) zu statten kommt; immerhin aber hat die schuldhafte Verursachung der Gefahr zur Folge, dass der Abwehrende schadensersatzpflichtig ist.

Für den Fall des schuldhaft, d. h. vorsätzlich oder fahrlässig herbeigeführten Nothstandes statuirt unser Bürgerliches Gesetzbuch demnach eine exceptionelle Schadensersatzpflicht, die sich nach seinem ausdrücklichen Wortlaute und dem Inhalte seiner Motive als Schadensersatzpflicht für eine nicht rechtswidrige erlaubte Handlung, gleichwohl aber als Schadensersatzpflicht für ein Verschulden kennzeichnet.[1]) Es ist keine blosse *obligatio ex lege,* kein sog. Quasidelict, aber nach ausdrücklichem Willen des Gesetzgebers auch kein Delict, vielmehr ein noch nicht dagewesenes ganz neues Mittelding zwischen Delict und Quasidelict, ein Quasidelict mit dem Requisit der Schuld oder, wenn man will, ein Delict ohne das sonst allgemein delictische Requisit der Rechtswidrigkeit; es ist vergleichbar, aber doch wiederum nicht völlig identisch mit der Haftung dessen, der sich durch geistige Getränke oder ähnliche Mittel in einen vorübergehenden Zustand der Bewusstlosigkeit oder in einen die „freie Willensbestimmung“ ausschliessenden Zustand krankhafter Störung der Geistesthätigkeit versetzt, für den Schaden, den er in diesem Zustande objektiv

[1]) Das Pandektenrecht gelangte praktisch zu demselben Resultate, aber auf einfacherem, mit dem Grundprincipe unseres strafrechtlichen Nothstandsbegriffes nicht unvereinbarem Wege. Der § 228 cit. hat nämlich augenscheinlich die Fälle der berühmten *l.* 29 § 3 *D. ad legem Aquiliam* 9, 2 im Auge: *Item Labeo scribit, si cum vi ventorum navis impulsa esset in funes anchorarum alterius et nantae funes praecidissent, si nullo alio modo nisi praecisis funibus explicare se potuit, nullam actionem dandam. idemque Labeo et Proculus et circa retia piscatorum, in quae navis incidisset, aestimarunt. plane si culpa nautarum id factum esset, lege Aquilia agendum.*

widerrechtlich verursacht (§ 827 B.G.B. vgl. oben S. 123). Fälle der letzeren Art sind criminalistisch bisher unter dem scholastischen Ausdrucke der *actio libera in causa* zusammengefasst und erörtert worden. Offenbar ist der Sitz dieser Frage die Lehre vom Causalzusammenhange. Ein Erfolg wird auf ein schuldhaftes Verhalten des Thäters zurückgeführt, ihm als verantwortlichem Thäter zugerechnet, obgleich er unmittelbar aus einem die subjective Schuldzurechenbarkeit ausschliessenden Zustande entspringt, um deswillen, weil doch eben dieser Zustand selber in schuldhafter Weise herbeigeführt worden ist. Das Bürgerliche Gesetzbuch steht dabei im Einklange mit beispielsweise Meyer, Lehrbuch des Strafrechts § 26 S. 143, 144; Binding, Normen II. S. 195, 201; Olshausen, Commentar § 51 nt. 5.[1]) Im Falle des § 228 S. 2 handelt es sich um eine analoge Frage des entfernteren mittelbaren Causalzusammenhangs; der Unterschied der hier fraglichen *actio libera in causa* ist nur der, dass der zum Schadensersatze verpflichtende Erfolg unmittelbar aus einem die objective Rechtswidrigkeit (nicht die subjective Zurechnungsfähigkeit) ausschliessenden Zustande entpringt, aber gleichwohl wird Thäter um deswillen verantwortlich gemacht, weil er eben diesen Zustand, der seine That zur rechtmässigen stempelt, in schuldhafter Weise herbeigeführt hat.

Das Strafrecht ist in Beziehung auf Sachbeschädigungsdelicte durch § 228 des Bürgerlichen Gesetzbuches erheblich modificirt worden. Das Strafrecht kannte zweifellos bislang keine Nothwehr gegen Sachen.[2]) Bislang war eine vorsätzliche Sachbeschädigung nur dann straflos, wenn der viel engere Nothstand des § 54 „eine unverschuldete, auf andere Weise nicht zu beseitigende Gefahr für Leib oder Leben des Thäters oder eines Angehörigen“ gegeben war. Nunmehr entfällt der Moment der Rechtswidrigkeit, kann also von einer Strafhandlung überall

[1]) Aber in Gegensatz zu dem Standpunkte v. Savigny's u. Goldtammer, Materialien I. S. 357. Oppenhoff, Commentar § 51 nr. 4.

[2]) „Die drohende Sache in § 228 ist ein Bild, das dem rechtswidrigen Angriffe in § 127 correspondiren soll.“ (Endemann, Einf. in das B.G.B. S. 374.)

nicht mehr die Rede sein bei Gefahren, die durch eine fremde Sache drohen, auch wenn die Gefahr verschuldet ist, auch wenn sie ein beliebiges Rechtsgut, nicht nur Leib und Leben gefährdet, auch wenn sie das Rechtsgut eines beliebigen Menschen (eines Anderen schlechthin), nicht nur eines Angehörigen gefährdet, d. h. das Bürgerliche Gesetzbuch hat den Nothwehrbegriff des Strafrechts auf Gefahren übertragen, die durch die nicht zurechnungsfähige Aussenwelt, durch Thiere, ja durch leblose Gegenstände erwachsen, indem es diese nicht zurechnungsfähigen Gegenstände der Aussenwelt als Subjecte eines rechtswidrigen Angriffes denkt, — eine höchst eigenthümliche und fragwürdige juristische Auffassung, welche die wissenschaftliche Unterscheidung von Nothwehr und Nothstand durchaus verkennt.

Mit der Schöpfung dieses Begriffszwitters einer „Selbstvertheidigung gegen Sachen", von dem man nicht recht weiss, ob er dem Nothwehr- oder dem Nothstandsbegriffe verwandt ist, — die Unterscheidung der Nothwehr vom Nothstande ist eine wichtige Errungenschaft der bislang in ihrem allgemeinen Theile der römischen Jurisprudenz einigermassen ebenbürtig gewesenen Criminalistik —, hat sich aber unser Bürgerliches Gesetzbuch nicht zufrieden gegeben. Es hat sich berufen gefühlt, auch den strafrechtlichen Nothstandsbegriff selber, soweit die Sachbeschädigungsdelicte in Frage kommen, zu reformiren. Es stellt dem strafrechtlichen Nothstande (§ 54 St.G.B.) in seinem sachenrechtlichen Theile einen eigenartigen civilrechtlichen Nothstand zur Seite.

§ 904: „Der Eigenthümer einer Sache ist nicht berechtigt, die Einwirkung eines Anderen auf die Sache zu verbieten, wenn die Einwirkung zu Abwendung einer gegenwärtigen Gefahr nothwendig und der drohende Schaden gegenüber dem aus der Einwirkung dem Eigenthümer entstehenden Schaden unverhältnissmässig gross ist.

Der Eigenthümer kann Ersatz des ihm entstehenden Schadens verlangen."

Die richtige systematische Würdigung und Auslegung dieses Paragraphen ist fast noch schwieriger, als diejenige des bislang erörterten § 228.

Zunächst muss, da anzunehmen ist, dass jeder Gesetzgeber nicht ohne wohlerwogene Gründe seine Ausdrücke wählt, der Unterschied folgender Ausdrücke in § 904 und § 228 in die Augen springen:

1. In § 228 handelt es sich um Beschädigung oder Zerstörung einer fremden Sache; — im § 904 um „Einwirkung“ auf die Sache: offenbar ist letzterer Begriff umfassender, er soll auch Handlungen einschliessen, die die Sache nicht beschädigen; es kann freilich aus der Einwirkung ein Schaden für den Eigenthümer entstehen, allein dies braucht kein Schaden an der Sache selber zu sein. Ist z. B. das blosse Anfassen eines eisernen Gitters, das Betreten eines gepflasterten Hofes schon eine „Einwirkung“? Sichtbare Spuren wird es zwar nicht hinterlassen, doch wird man anzunehmen haben, dass der Gesetzgeber jeden Eingriff in die sachenrechtliche Sphäre, den der Eigenthümer kraft seines negatorischen Rechts (*actio negatoria*) verbieten könnte, als „Einwirkung“ betrachtet wissen will. Uebrigens war diese Abweichung im Ausdruck um deswillen ganz unnöthig, weil ja doch das *majus* auch das *minus* einschliesst; wo sogar eine Beschädigung gestattet ist, da versteht sich auch die Zulässigkeit einer blossen „Einwirkung“ von selbst.

2. Die Gefahr, die zu einer Einwirkung im Falle des § 228 berechtigt, wird als drohend, diejenige, welche zu einer Einwirkung im Falle des § 904 berechtigt, als gegenwärtig bezeichnet. Dieser Unterschied ist im Gegensatze zu dem *ad* 1 practisch bedeutsam. Der Nothstand des § 904 muss ein unmittelbar dringlicher sein, während die „Selbstvertheidigung gegen Sachen“ auch zulässig ist, wenn durch dieselbe eine Gefahr erst in der Zukunft bevorsteht.

3. Die Gefahr des § 904 ist Gefahr schlechthin, nicht Gefahr durch die Sachen, auf die man „einwirkt“. Während man den Thatbestand des § 228 sich nur dadurch verständlich machen kann, dass man die beschädigte oder zerstörte Sache selbst gewissermassen personificirt, nach Art der animistischen Weltanschauung von Kindern und Naturvölkern, und ihnen einen rechtswidrigen „Angriff“ zur Last legt, beispielshalber das schon brennende Haus, das man einreisst, um

der Uebertragung einer von dort drohenden Flamme auf das eigene Haus vorzubeugen, als eventuellen Brandstifter zu betrachten hat, — nur so wird man dem Sinne des Gesetzgebers gerecht —, sind die Sachen, auf die § 904 sich bezieht, „ganz unschuldig“ an der Gefahr, sollen vielmehr nur nothwendige Mittel *(conditio sine qua non)* zur Abwehr gegen die Gefahr sein: Um einen Waarenbrand zu löschen, schütte ich ein fremdes Fass Bier in die Flammen, um einer Verfolgung auszuweichen, reite ich durch einen fremden Fruchtacker oder springe über eine Mauer und zertrete die „unschuldigen“ Blumen.

4. Die Einwirkung des Nothstandes im Sinne des § 904 muss zur Abwendung der Gefahr nothwendig, die Beschädigung oder Zerstörung der Selbstvertheidigung im Sinne des § 228 muss nur erforderlich sein. Ist ein Unterschied zwischen nothwendig und erforderlich? Ich glaube, dass in der That der Gesetzgeber im Falle des § 904 nicht ohne Grund einen strengeren Ausdruck gewählt hat, ebenso wie er das Moment der Drohung absichtlich zur Gegenwärtigkeit verengert hat. In demselben Grade, in dem § 904 den Kreis der fremden Sachen, auf die man einwirken darf, und den Kreis der Gefahr vergrössert, wollte er die Voraussetzungen enger und strenger gezogen wissen. Gleichwohl dürfte es unmöglich sein, die Grenze zwischen erforderlich und nothwendig theoretisch zu bestimmen, und es wäre daher gewiss besser gewesen, der Gesetzgeber hätte diesen Unterschied des Ausdrucks vermieden.

5. Demselben Bestreben des Gesetzgebers entspringt der Gegensatz von einem „Schaden, der nicht ausser Verhältniss zu der Gefahr steht“ (§ 228) und „einem Schaden, der unverhältnissmässig gross ist“. (§ 904.) Ich finde darin folgenden Unterschied: Selbstvertheidigung im Sinne des § 228 ist auch zur Abwendung eines an sich geringfügigen Schadens zulässig, nur soll der angerichtete Schaden nicht grösser sein dürfen, als der drohende. Ich darf z. B., um einen Kanarienvogel zu retten, der 15 ℳ werth ist, die Katze des Nachbarn tödten, die nur 3 ℳ werth ist. Allein auf ganz „unschuldige“ Sachgüter dritter Personen darf ich nur einwirken, wenn der mir drohende Schaden schon an sich eine gewisse Bedeutung hat und unverhältnissmässig gross ist gegenüber dem

durch die Einwirkung entstehenden. Um einen Cylinderhut zu retten, der 20 ℳ werth ist, darf ich wohl eine fremde Wiese betreten, sollte ich auch für 5 Pfennig Gras vernichten, es ist ein Verhältniss von 2000 : 5, aber ich darf nicht, um einen Kinderball im Werthe von 50 Pfennig wiederzuholen, das Blumenbeet eines Gärtners zertreten, sollte ich auch nur für 40 Pfennig Schaden anrichten.

Man sieht, die Relativität der Massstäbe und die allzu feinen Unterschiede hier erinnern an das Justinianische Gesetz vom ausserordentlichen Erbrecht der armen Wittwe eines wohlhabenden Erblassers, welches v. Ihering den Typus eines Gesetzes nennt, wie es nicht gemacht werden sollte.[1]

6. Noch schlimmer aber sind andere Zweifel, die sich an die Auslegung des § 904 im Vergleich zum § 228 knüpfen, wenn man die Motive d. h. die Commissionsprotocolle ansieht.

Nämlich § 228 gestattet zweifellos auch die Nothhülfe, „eine Gefahr von sich oder einem Anderen abzuwenden". Dagegen erklären die Commissionsprotocolle (nach Haidlen, Erl. zu § 904): „Der Angriff auf das fremde Gut muss zur Erhaltung des gefährdeten eigenen nothwendig sein." Offenbar ist diese gesetzgeberische Meinung aber im § 904 selbst nicht zum Ausdrucke gekommen. Es genügt, dass die Einwirkung zur Abwehr (irgend) einer Gefahr nothwendig ist, nicht gesagt ist zur Abwehr einer den Thäter selber oder sein eigenes Gut gefährdenden. Doch ist unzweifelhaft, dass die Commission im Falle des § 904 den Thäter (Einwirker) und den Gefährdeten identificirt hat. Denn nach Haidlen a. a. O. heisst es in den Commissionsprotocollen ferner: „Es erscheint nothwendig, in irgend welcher Form im Bürgerlichen Gesetzbuche den Grundsatz auszusprechen, dass wenigstens gewisse Rechtsgüter (*sic!*) unter Umständen (!)

[1]) v. Ihering, Geist des röm. Rechts II, 2 § 48 S. 327. Die fr. Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches sind in allerhöchstem Masse „unpractikabel" im Sinne v. Ihering's. Auch der vorsichtigste und in der Rechtsprechung erfahrenste Rechtsanwalt wird angesichts der §§ 228 und 904 niemals vor Anstellung eines Processes sagen können, wie so zu sagen „der Hase laufen wird". Alles ist auf das rein subjective Ermessen des Richters gestellt.

in fremder Noth zum Opfer gebracht werden müssen, dass also (?!) der Gefährdete durch eine sich innerhalb der näher zu bestimmenden Grenzen haltende Nothstandshandlung sich keiner Widerrechtlichkeit schuldig macht!" Nach unseren allgemeinen Auslegungsgrundsätzen ist freilich diese Bemerkung der Commissionsprotocolle keineswegs bindend (vgl. S. 19, 21, oben).

In der That scheint sie auch unrichtig zu sein. Denn warum soll es widerrechtlich sein, wenn ich, um beispielsweise das Kind meines Nachbarn aus dem Teiche zu retten, die Früchte des angrenzenden Ackers zertrete? Auch Endemann (Einf. in das B.G.B. Aufl. 3 S. 379) bejaht im Falle der § 904 das Recht der Nothhülfe und will sogar zum Schadensersatze denjenigen verpflichten, zu dessen Rettung die Sache beschädigt wurde. Ich gestehe, dass letzteres auch meinem Rechtsgefühle entspricht, aber aus dem Bürgerlichen Gesetzbuche ist es nicht abzuleiten, wenngleich dieses in § 904 eine Schadensersatzpflicht statuirt, ohne den Schadensersatzpflichtigen zu nennen („der Eigenthümer kann Ersatz des ihm entstehenden Schadens verlangen", von wem? ist nicht gesagt); offenbar meinte Gesetzgeber aber den „Einwirkenden".

7. Endlich versteht es sich nach den Protocollen (Haidlen a. a. O.) „von selbst" (!), „dass die Vorschrift des § 904, obwohl nur für das Eigenthum ausgesprochen, „für alle anderen Rechte an Sachen und für den Besitz Geltung hat".

8. Was ist nun der rein civilrechtliche Inhalt dieses beinahe als *futura crux Jurisconsultorum* zu bezeichnenden Paragraphen? Etwas, das sich innerhalb des Bürgerlichen Rechts von selbst verstände, wenn auch der § 904 nicht da wäre: nämlich die Schadensersatzpflicht dessen, der vorsätzlich (gegen Verbot des Eigenthümers) auf fremde Sachen einwirkt. Diese Schadensersatzpflicht würde sich, wenn nicht § 904 S. 1 da wäre, aus § 823, auch wohl aus § 1004 (*actio negatoria*) ergeben.

Praktisch war es darum nicht nöthig, so viele Subtilitäten zu schaffen. Allerdings der Eigenthümer verliert durch § 904 auch ein „Verbietungsrecht"; der Paragraph ist

fast so formulirt, als wollte er eine sogenannte Legalservitut constituiren und steht auch thatsächlich in diesem Zusammenhange (beim Nachbarrecht) aber selbstverständlich ist dieser Zusammenhang nur sehr äusserlich. Man wird jedoch nicht annehmen können, dass der Ausschluss dieses Verbietungsrechts jemals als solcher Gegenstand einer Klage (*actio confessoria*) werden kann; da es sich um Abwendung einer gegenwärtigen Gefahr handelt, ist die Zeit dafür ja gar nicht vorhanden. Folglich ruht auch die Bedeutung des § 904 ausschliesslich auf dem strafrechtlichen Gebiete: hinterher, wenn ungeachtet des Verbietens Jemand auf die Sache eingewirkt hat, kann er zu seiner Vertheidigung geltend machen, dass der Eigenthümer nicht berechtigt war, zu verbieten, d. h. also das allgemeine Erforderniss der Rechtswidrigkeit der That unter Bezugnahme auf § 904 B.G.B. leugnen. Dieser Paragraph hat aber auch nicht bloss Bedeutung für die Sachbeschädigungsdelicte, sondern auch für Hausfriedensbruch[1]) und etwaige Uebertretungen z. B. St.G.B. § 378, 9.[2])

Es handelt sich also beim § 904 um einen in seiner ganzen Tragweite — in welcher, mögen die Criminalisten feststellen, — noch nicht übersehbaren Einbruch des Bürgerlichen Gesetzbuches in das Strafrecht, der um so bedenklicher ist, als die Fassung des § 904, wie sich aus vorstehenden Erörterungen genügend ergiebt, gerade kein Meisterstück gesetzgeberischer Eleganz und Bestimmtheit ist.

Der Eigenthümer ist nicht berechtigt zu „verbieten“: offenbar hat damit der Gesetzgeber die Rechtswidrigkeit der fraglichen Einwirkungen überhaupt verneinen wollen, so dass

[1]) Auch das blosse „Betreten“ eines Grundstücks ist ja „Einwirkung“ auf eine Sache, und unbefugt handelt der nicht, dem nicht verboten werden darf.

[2]) Mit Geldstrafe bis zu 60 ℳ oder mit Haft bis zu 14 Tagen wird bestraft: wer unbefugt über Gärten oder Weinberge oder vor beendeter Ernte über Wiesen oder bestellte Aecker oder über solche Aecker, Wiesen, Weiden oder Schonungen, welche mit einer Einfriedigung versehen sind, oder deren Betreten durch Warnungszeichen untersagt ist, oder auf einem durch Warnungszeichen geschlossenen Privatwege geht, fährt, reitet oder Vieh treibt.

sie auch dann nicht rechtswidrig sind, wenn einerseits gar kein Verbot ergangen ist, also die Einwirkung ohne Vorwissen des Eigenthümers geschieht, und andererseits selbst dann, wenn Eigenthümer sich gewaltsam widersetzt; sein Nothwehrrecht wird durch § 904 ausgeschlossen.

II. Selbsthülfe im engeren Sinne ist offensives Vorgehen des Berechtigten zur Verwirklichung eines Rechts, sei dieses persönlicher Natur, z. B. eine Forderung, oder dinglicher, Besitzentziehung zur Verwirklichung des Eigenthums oder sonstigen dinglichen Anspruchs. Im älteren römischen Rechte war auch diese offensive Selbsthülfe in weitgehendem Masse erlaubt.

Ein Umschwung trat in der Kaiserzeit ein, indem das *decretum Divi Marci* gewisse Mittel der offensiven Selbsthülfe, eigenmächtige Wegnahme von Sachen des Schuldners zum Zwecke der Befriedigung einer Forderung, gewaltsame Besitzentziehung mit Verlust der Forderung, bezw. Verlust des Eigenthums bestrafte. Nach herrschender Theorie und Praxis wurde die gemeinrechtliche Geltung dieser Privatstrafen durch das deutsche Strafgesetzbuch beseitigt. Das Bürgerliche Gesetzbuch geht von der Auffassung aus, dass der mit einer Handlung verbundene Selbsthülfezweck für ihre rechtliche Beurtheilung ohne Bedeutung ist. Eine an sich erlaubte oder doch nicht unerlaubte Handlung wird nicht dadurch unerlaubt, eine an sich unerlaubte Handlung dadurch nicht erlaubt, dass sie zum Zwecke der Selbsthülfe vorgenommen wird. Die Handlungen als solche würden unabhängig von ihren etwaigen Selbsthülfezwecke auf ihre Strafbarkeit oder Straflosigkeit zu prüfen sein; der Selbsthülfezweck kann nur als Motiv etwa für die Strafzumessung in Betracht kommen.

Doch ist diese Regel des Bürgerlichen Gesetzbuches nicht ohne Ausnahmen. Zunächst kommt als solche in Betracht der § 229:

> „Wer zum Zwecke der Selbsthülfe eine Sache wegnimmt, zerstört oder beschädigt, oder wer zum Zwecke der Selbsthülfe einen Verpflichteten, welcher der Flucht verdächtig ist, festnimmt oder den Widerstand des Verpflichteten gegen eine Handlung, die dieser zu

dulden, verpflichtet ist, beseitigt, handelt nicht widerrechtlich, wenn obrigkeitliche Hülfe nicht rechtzeitig zu erlangen ist und ohne sofortiges Eingreifen die Gefahr besteht, dass die Verwirklichung des Anspruchs vereitelt oder wesentlich erschwert werde."

§ 230: „Die Selbsthülfe darf nicht weiter gehen, als zur Abwendung der Gefahr erforderlich ist. Im Falle der Wegnahme von Sachen ist, sofern nicht Zwangsvollstreckung erwirkt wird, der dingliche Arrest zu beantragen. Im Falle der Festnahme des Verpflichteten ist, sofern er nicht wieder in Freiheit gesetzt wird, der persönliche Sicherheitsarrest bei dem Amtsgerichte zu beantragen, in dessen Bezirke die Festnahme erfolgt ist; der Verpflichtete ist unverzüglich dem Gerichte vorzuführen.

Wird der Arrestantrag verzögert oder abgelehnt, so hat die Rückgabe des weggenommenen Sachen und die Freilassung der Festgenommenen unverzüglich zu erfolgen."

Dieses Selbsthülferecht ist aufzufassen als eine private Anticipation der Zwangsvollstreckung oder vielmehr des Arrestes, der selber wieder nur eine gesetzliche Anticipation der Zwangsvollstreckung ist. Durch den eigenmächtigen Zugriff wird der Berechtigte nicht Richter und Vollstrecker in eigener Sache. Er hat daher alsbald mit den geeigneten Anträgen sich an das Gericht zu wenden und sein Vorgehen dessen Prüfung zu unterstellen.

Die Festnahme des flüchtigen Schuldners gestattete auch bereits das Pandektenrecht.[1]) Auch heutzutage, bei den gegenwärtigen leichten Verkehrseinrichtungen und der Leichtigkeit, sich mit Hülfe derselben seinen Verbindlichkeiten zu entziehen, ist die Festnahme häufig das einzige Mittel, durch welches der Gläubiger sein Recht zu sichern vermag.

Ausserdem gehört hierher die Bestimmung des § 561 S. 1:

[1]) *L.* 10 § 16 *D. quae in fraud.* 42, 8.

„Der Vermiether darf die Entfernung der seinem Pfandrechte unterliegenden Sachen, soweit er ihr zu widersprechen berechtigt ist, auch ohne Anrufen des Gerichts verhindern und, wenn der Miether auszieht, die Sachen in seinen Besitz nehmen."

Deutschrechtlichen Ursprungs ist das Privatpfändungsrecht (Recht der Schüttung) des Grundstücksbesitzers an fremdem Vieh oder auch die Personalpfändung, wenn Personen unbefugter Weise ein Grundstück betreten. Nach Art. 89[1]) des Einführungsgesetzes bleiben auch diese Selbsthülferechte particularrechtlich bestehen.

Nimmt Jemand zum Zwecke der Selbsthülfe eine der in § 223 bezeichneten Handlungen vor, obwohl die Voraussetzungen erlaubter Selbsthülfe nicht vorliegen, so wird er nach den Vorschriften über Schadensersatz wegen unerlaubter Handlungen (§ 823) ersatzpflichtig, wenn er in einem auf Fahrlässigkeit beruhenden Irrthume jene Voraussetzungen als vorhanden angenommen hat (putative Selbsthülfe). Aber auch, wenn sein Irrthum nicht auf Fahrlässigkeit beruhte, wird er in Consequenz des allgemeinen, schon in der Lehre vom Irrthume erörterten Grundsatzes des Bürgerlichen Gesetzbuches, welches in diesen Fällen von dem Nachweis eines Verschuldens absieht, schadensersatzpflichtig aus § 231:

„Wer eine der in § 229 bezeichneten Handlungen in der irrigen Annahme vornimmt, dass die für den Ausschluss in der Widerrechtlichkeit erforderlichen Voraussetzungen vorhanden seien, ist dem anderen Theile zum Schadensersatze verpflichtet, auch, wenn der Irrthum nicht auf Fahrlässigkeit beruht."

Eine Note zum Art. 89 des Einführungsgesetzes von Greiff (Handausgabe von Achilles) meint, für die irrige Annahme einer Privatpfändung, da diese auf Landesrecht beruht, gelte § 231 B.G.B. nicht. Sofern nicht, was durchweg, da es sich

[1]) „Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über die zum Schutze der Grundstücke und der Erzeugnisse von Grundstücken gestattete Pfändung von Sachen, mit Einschluss der Vorschriften über die Entrichtung von Pfandgeld oder Ersatzgeld."

meistens um Gewohnheitsrechte handelt, nicht der Fall sein dürfte, das betreffende Landesrecht über die Folgen der putativen Selbsthülfe besondere Vorschriften bietet, halte ich die entsprechende Anwendung der Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches für zulässig und geboten; denn einerseits ist die Frage an sich eine allgemeine Frage des bürgerlichen Rechts und andererseits schliesst letzteres seine analoge Ausdehnung nicht aus, fordert solche vielmehr, wie jedes nicht singuläre Recht. Die Bestimmung des § 231 ist aber keine singuläre im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches, sondern die Anwendung eines Princips.

§ 3.

Der Schutz der Rechte durch Klage. Begriff der *actio* im materiellen Sinne. Das Actionensystem. Begriff des Anspruchs.

Der normale Schutz der Privatrechte ist und war schon in der Zeit des Pandektenrechts der processuale Schutz durch Klage. In processualischem Sinne ist Klage, *actio*, das Mittel, ein Recht gegen Andere vor Gericht selbständig zu verfolgen, eine Processhandlung, d. h. eine im weiteren Sinne ebenfalls als Selbsthülfe zu bezeichnende (S. 533 oben), an die Formen des Processrechts gebundene Handlung (*actio*), in welcher der sein Recht Verfolgende (Kläger, *actor*-Handelnder) die factischen und rechtlichen Grundlagen derselben darstellt, seinen Anspruch gegen seinen Gegner (Verklagten,[1]) *reus*) daraus ableitet, und ihn als Antrag (*petitum*) an den Richter formulirt. Im römischen Rechte nun hat sich neben diesem processualen

[1]) Leider hat sich schon seit mehr als einem halben Jahrhundert der unschöne und unrichtige Ausdruck „Beklagter“ statt Verklagter in der juristischen Sprache eingebürgert. „Beklagen“ hat eine ganz andere Bedeutung, als verklagen (transitiv). Klagen ist intransitiv. Dem Geiste der deutschen Sprache entspricht im juristischen Sinne nur das Wort „Verklagter“ für *reus*; in einer Zeit, die wieder Werth legt auf die Reinigung und Veredelung der Sprache sollte man von dem gerügten Fehler wieder abkommen, mit einem deutschen Worte gegen den Sprachgeist sündigen ist mindestens geschmackloser, als der jetzt oft übertriebene Widerwille gegen eingebürgerte Fremdwörter.

Begriffe der *actio* ein materieller Begriff der *actio* ausgebildet, den die *l* 51 *D.* 44, 7 wiedergiebt: *nihil aliud est actio quem jus, quod sibi debeatur, judicio persequendi. Actio* oder Klage im materiellen Sinne ist darnach die Möglichkeit, den Schutz des Staates, der Gerichte, zur Durchführung eines subjectiven Rechts zu beanspruchen. Die eigentliche Bedeutung des Wortes *actio* in diesem Sinne ist nicht zu verstehen ohne historische Kenntniss der eigenthümlichen Bedeutung, welche gerade für das römische Recht der in einem gewissen Grade überall zu Tage tretende Unterschied zwischen dem objectiven Rechte als solchem, d. h. der Summe von Rechtssätzen, die uns das Gesetz und die Theorie darstellt, und demjenigen objectiven Rechte das sich in der Anwendung, in der Praxis verwirklicht. Zunächst nämlich sollte man meinen, dass doch die Möglichkeit, das Gericht zur Durchführung eines individuellen Rechts mit Erfolg anzurufen, ausschliesslich gegeben sei durch das objective gesetzliche oder Gewohnheitsrecht; der Begriff der *actio* würde demnach identisch sein mit denjenigen bestimmten Rechtssätzen des objectiven Rechts, durch die sich der jedesmalige concrete Klagantrag begründet. Allein im römischen Rechte bestand ein sehr ausgeprägter Dualismus zwischen dem objectiven Gesetzesrechte und dem objectiven Rechte der Praxis. Das Gesetz galt dem Römer nicht als die einzige, ja nicht einmal als die wichtigste objective Rechtsquelle. Seiner für lebendige Rechtsbildung und Rechtswissenschaft besonders prädestinirten Anlage war die starre gesetzliche Regel, welche, wie Schiller sagt, „matte Blüthen langsam treibt" und hinter den Bedürfnissen des Lebens auf Krücken herhinkt, [1]) nicht anpassungsfähig und geschmeidig genug, um sich ihr sclavisch unterzuordnen. Um so gewissenhafter der Römer Anfangs im Legisactionenprocesse den Grundsatz *nulla actio sine lege*

[1]) „Es erben sich Gesetz und Rechte
Wie eine ew'ge Krankheit fort,
Vernunft wird Unsinn, Wohlthat Plage,
Weh Dir, dass Du ein Enkel bist!
Vom Rechte, das mit uns geboren ist,
Von dem ist leider nie die Frage."

(Goethe.)

befolgt hatte, der Art, dass, wie Gajus sagt, *qui vel minimum errasset* (nämlich in der Citirung des Gesetzes) *litem perderet*, — um so mehr war er, durch die unerträglichen Härten dieses *jus strictum* gewitzigt, später von der Unzugänglichkeit des blossen Gesetzesrechts überzeugt und er gab daher im Formularprocesse, mit dem eine neue Aera für das römische Recht begann, den rechtsprechenden Beamten und der Wissenschaft als ihrer Gehülfin eine ausserordentlich freie Stellung, einen geradezu schöpferischen Beruf, das Recht im einzelnen Falle zu bilden. Die Rechtsprechung und die Wissenschaft selber wurde nunmehr die lebendige Quelle des Rechts. Die Rechtsprechung und Rechtswissenschaft der Römer war nicht bloss deductiv, bloss analytisch, wie die moderne, sondern inductiv: *ut non ex regula jus sumatur, red ex jure, quod est, regula fiat.* (Paulus *C.* 1 *de R.* 7. 50, 17) Das *jus quod est* ist aber für den Römer nicht der Buchstabe des Gesetzes, — das Gesetzmaterial der Römer, die XII Tafeln und die wenigen *leges* und Senatsbeschlüsse war sehr gering — sondern das Recht der Praxis, die Gerichtsregel. Der Prätor war eine *viva vox legis*, seine Aufgabe war es, das objective Recht stets auf der Höhe der Zeit zu halten, *adjuvandi, supplendi*, ja sogar *corrigendi juris civilis gratia* war er da, kein mechanischer Büreaukrat, kein Sclave des Buchstabens, sondern ein Staatsbeamter, ein Stück verkörperter Staats-Souveränetät, im vornehmsten Sinne. Dieser Machtvollkommenheit der römischen Magistratur, die bei der freien republikanischen Verfassung und der zeitlich begrenzten Ausübung des Amtes in Verbindung mit der strengsten persönlichen Verantwortlichkeit ohne jede Bedenken war, verdankt das römische Recht neben der besonderen Anlage des römischen Charakters für Rechtsbildung und Rechtsprechung ausschliesslich seine hohe vorbildliche Ausbildung. So wurde das römische Civilrechtsystem ein Actionensystem. Dieses war ein vom lebendigen Safte der continuirlich wirkenden rechtsbildenden Schöpferkraft genährter „grüner Baum des Lebens“, fremd jeder starren Buchstaben- und Paragraphenweisheit und „grauen Theorie“. Das wahre objective Recht war daher dem Römer, wie Kierulf richtig bemerkt, „das in Bewegung gesetzte, kämpfende thätige Recht“, die *actio*, die

in Wirklichkeit, in der Praxis entscheidende Gerichtsregel. Wer wissen wollte, ob er einen Anspruch durchsetzen könne, fragte nicht, ob das *jus*, die abstracte Gesetzesregel, für ihn sei, sondern ob und welche *actio* ihm zu Gebote stehe. *Actio* ist das objective Recht in seiner processualischen Anwendung.[1]) Heutzutage ist die Klage „nichts als der Rechtsschutz in besonderern Richtung auf den einzelnen Fall". Den Römern aber ist die Klage ein Individuum. „Sie hat ihr bestimmtes Gebiet, ihren bestimmten Begriff, ihren eigenen Namen ihre eigene Formel und ihre eigenthümliche Geschichte; ihre Entstehung beruht auf einer concreten historischen Thatsache, einem eigenen Einführungsacte. Daher auch das Fortleben des Urhebers der Klage in dem Namen derselben".[2])

Es ist eine historische Verkennung dieses specifisch römischen Begriffes, wenn z. B. Puchta (Pand. § 81) die *actio* als ein Recht für sich, als ein Annex des Rechts bezeichnet oder wenn v. Savigny (System V §§ 204, 205) meint, dass die *actio* das neue, durch die Verletzung des Rechts aus demselben entstandene Recht sei. Vielmehr sprach der römische Jurist zunächst in demselben objectiven Sinne von einer *actio*, in dem der moderne von einem Paragraphen oder Artikel des Gesetzes spricht, auf den er seinen Antrag gründet.

Daneben hatte übrigens der Begriff der *actio* auch bei den Römern noch eine engere, concrete Bedeutung, indem er das dem einzelnen durch die *actio* im erwähnten objectiven Sinne garantirte subjective Recht bezeichnet: *habeo actionem*.[3])

Unsere heutige Rechtsauffassung kennt nur den Begriff der Klage im processualischen Sinne. Es ist vergebliches Bemühen, auf künstliche Weise einen dem materiellrechtlichen Begriffe der *actio* entsprechenden modernen Begriff gegenüberstellen zu wollen. Das moderne Recht kennt nur objectives Recht

[1]) Vgl. Koschembahr-Lyskowski, Die Theorie der Exceptionen. Berlin 1893, S. 5.

[2]) Vgl. v. Ihering, Geist des röm. Rechts II. § 47 c. S. 659 (3. Aufl.).

[3]) Dies verkennt Koschembahr-Lyskowski in der oben citirten Schrift S. 13.

einerseits und die daraus resultirenden subjectiven Rechte andererseits; denn das moderne Recht kennt eben keine der römischen Magistratur, insbesondere der Prätur entsprechende Rechtsbehörde. Allerdings ist auch bei uns nach richtiger Auffassung das Richteramt zur Fortbildung des Rechts, zur Anpassung des spröden Rechtsstoffes an das Leben berufen, weshalb die Kenntniss der Rechtsprechung zumal der höheren Gerichtshöfe eine bedeutende Rolle gerade in der Praxis spielt. Allein der *usus fori* gilt uns nur als Commentar und Supplement des Gesetzes, nicht im römischen Sinne als eigentliche Schöpferin des Rechts. „Nur ist die Klage eine blosse Consequenz des Rechts, kein selbständiger Begriff — wo das Recht materiell einen Anspruch gewährt, versteht sich für uns das Formelle seiner Durchführung: Klage und Richter, von selbst.“

Allerdings hat Windscheid[1]) den materiellen Begriff der *actio* durch das Wort „Anspruch“ fortführen wollen, und leider hat sich seitdem dieser Ausdruck in der deutschen Rechtswissenschaft und selbst in der Gesetzgebung eingebürgert (vgl. oben S. 71, 72). Es vermag sich aber Niemand etwas Bestimmtes dabei zu denken. Das Bürgerliche Gesetzbuch giebt freilich sogar eine Legaldefinition: Anspruch ist nach § 194

„das Recht, von einem Anderen ein Thun oder Unterlassen zu verlangen“,

Aber was ist mit einer so abstracten Begriffsbestimmung, die gewiss keiner der römischen Juristen jemals verstanden haben würde, anzufangen? Aus den Motiven und Protocollen wird nur soviel klar, dass nicht der Windscheid'sche Anspruchsbegriff gemeint ist, ferner dass ein Recht im subjectiven Sinne unter Umständen Anspruch im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches genannt werden kann, unter Umständen auch nicht.

Anspruch kann jedes obligatorische Recht genannt werden, weil es ein Recht ist, von einem Anderen etwas zu verlangen. Dagegen kann ein dingliches, überhaupt ein absolutes Recht, z. B. Eigenthum, Ehre, Persönlichkeitsrecht, Namenrecht nicht Anspruch genannt werden, wenn auch der subtile Windscheid darin „Ansprüche“ fand, welche gegen Jedermann

[1]) Die *actio* des römischen Civilrechts. 1856.

gingen oder gar „gegen Niemanden nicht", und das absolute Recht als die Gesammtheit der darin liegenden Ansprüche gegen alle Menschen auf Unterlassung jeder Beeinträchtigung des Rechts betrachtete.

Ein absolutes Recht, z. B. das Recht der Persönlichkeit, das Eigenthum als eine „Summe" von Ansprüchen zu bezeichnen, dünkt mir ein so ungesunder scholastischer Gedanke zu sein, dass ich kaum verstehen kann, wie er zu Stande kam. In der That ist er dadurch veranlasst, dass Windscheid für die aus der Verletzung eines solchen Rechts entspringende *actio*, beispielsweise die *actio injuriarum*, die *actio negatoria* eine im wahrsten Sinne metaphysische Erklärung suchte. Denn weil die *actio* aus dem Rechte „entspringt", muss sie natürlich zuvor darinnen gesteckt haben, wie der Funken im Kieselsteine. Es wird aber wohl niemals einem Mineralogen einfallen, einen Kieselstein als Summe unbestimmt vieler Funken, die gegen Jedermann oder „Niemanden nicht" entspringen können, zu definiren.

Das dingliche Recht bietet daher erst Raum für den nun einmal beliebt gewordenen Ausdruck „Anspruch", wenn es verletzt ist und aus der Verletzung nunmehr ein concretes Klagrecht entsteht. Anspruch ist also, wenn es überhaupt etwas Fassbares bezeichnen soll, das ganz concrete, individuelle (subjective) Recht auf Klaganstellung bezw. auf einen bestimmten Klagantrag.

§ 4.

Sog. Concurrenz der Klagen (Mehrheit von Klagrechten und Klaggründen).

Wir haben bereits oben V § 2 S. 322 ff. von einer Concurrenz sowohl der Delicte als auch der Rechtsgeschäfte gesprochen, die sich daraus ergab, dass eine und dieselbe Handlung sich unter verschiedene juristische Gesichtspunkte bringen lässt. Selbstverständlich ist eine solche Mehrheit der juristischen Gesichtspunkte auch für die concreten Klaganträge, „Ansprüche" im obigen Sinne (§ 27 i. f.), bedeutsam. Das Verhältniss derselben zu einander kann aber ein verschiedenes sein:

1. Zunächst können aus derselben Willenserklärung oder derselben Handlung wie mehrere Rechtgeschäfte oder Delicte, so auch mehrere Klagrechte entspringen, die völlig unabhängig von einander sind, z. B. wenn Jemand absichtlich einen Anderen mit Schmutzwasser begiesst, kann der Verletzte die *actio injuriarum* und die *actio legis Aquiliae* anstellen. Der eine Gesichtspunkt schliesst den anderen nicht aus. Hier concurriren mehrere Rechtsgründe, aber auch mehrere concrete Ansprüche gegen dieselbe Person bei Einheit des factischen Klaggrundes (cumulative Concurrenz).

2. Zwischen verschiedenen Ansprüchen kann aber auch ein alternatives Verhältniss bestehen, in dem Sinne, dass nur die Anstellung der einen oder der anderen Klage nach Wahl des Klägers gestattet ist (alternative Concurrenz). Ein solches Verhältniss bestand zwischen der *actio redhibitoria* und *quanti minoris* und besteht zwischen den entsprechend durch § 462 B.G.B. verliehenen Klagrechten der Wandelung und Minderung auch heute noch. Nach römischem Rechte wird durch Anstellung der einen oder anderen Klage dieses Wahlrecht consumirt. Anders nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche, das bis zur Vollziehung der Wandelung oder Minderung die Aenderung des Antrags gestattet (§ 474).

3. Es können ferner dem Kläger auch mehrere Klaggründe zu demselben Zwecke, d. h. für einen und denselben Klagantrag, zu Gebote stehen. Beispielsweise kann Jemand zur Zahlung eines Schadensersatzes verpflichtet sein, nach den Grundsätzen der *actio locati* und der *actio legis Aquiliae*, die Herausgabe einer bestimmten Sache kann ich verlangen unter Berufung auf die *actio Publiciana* oder das *interdictum uti possidetis*. Nach römischem Rechte war, falls diese verschiedenen Klaggründe sich aus einem Thatbestande ergaben, also diesen eben nur aus verschiedenen rechtlichen Gesichtspunkten darstellten, auch diese Concurrenz eine elective, Kläger konnte nur eine *actio* wählen, und die Litiscontestation consumirte alle concurrirenden *actiones.* [1])

[1]) Vgl. v. Ihering, Geist des röm. Rechts II. 2 § 51 S. 31: „Die Unterscheidung der vorhandenen Klagen im einzelnen Falle hat auch

Da jedoch unsere heutige Rechtsprechung nicht mehr auf dem Actionensystem beruht, da es ferner ein allgemeiner Grundsatz des heutigen Processes ist, dass Kläger nur den rechtsbegründenden Thatbestand zu erzählen braucht und es dem Richter obliegt, selbständig die rechtlichen Gesichtspunkte, die den Klagantrag rechtfertigen, zu beurtheilen (*da mihi factum, dabo tibi jus* oder *jura novit curia*), so kann in diesen Fällen heutzutage eine Klagencumulation stattfinden, d. h. ich kann z. B. einen Schadensersatzanspruch durch mehrere selbständige Paragraphen des Bürgerlichen Gesetzbuches begründen. Es genügt, wenn das Gericht einen derselben für zutreffend erachtet.

4. Von dieser jetzt cumulativen, nach Pandektenrecht electiven Concurrenz ist der Fall zu unterscheiden, dass mehrere auf verschiedenen Thatbeständen beruhende Klagrechte (Ansprüche) auf einen identischen Gegenstand gehen; z. B. kann ich eine und dieselbe Sache beanspruchen [1])

für uns ein hohes Interesse, aber regelmässig nur das einer richtigen materiellen Classification und Beurtheilung des Anspruchs, nicht aber ein processualisches, denn unser heutiger Process verstattet die Cumulation mehrerer Klagen in einem Processe. Während er sie nun selbst da zulässt, wo die mehreren Klagen in gar keinem inneren oder äusseren Nexus stehen, z. B. wo sie sich auf völlig verschiedene Gründe stützen und völlig verschiedene Zwecke verfolgen, schliesst der römische Process die Cumulation selbst da aus, wo zwischen mehreren Klagen die engste Verwandtschaft besteht. Er behandelte die Klagen nicht wie wir bloss als materiell-rechtliche Begriffe, als Klagrechte, sondern als processualische Individuen, die auch da, wo sie mit anderen zusammentreffen, ihre Individualität behaupten und bethätigen."

Möglich war freilich die gleichzeitige Anstellung mehrerer Klagen und die Ueberweisung derselben an einen und denselben Richter, „allein so wenig wie heutzutage die gleichzeitige Erhebung mehrerer Klagen vor einem und demselben Richter, wenn sie durch eben so viele verschiedene Acte erfolgt, als Klagen vorhanden sind, unter den Gesichtspunkt der Cumulation fällt, ebensowenig im römischen Process. Die verschiedenen Klagen schmolzen hier wegen der blossen Identität des Richters und der Parteien nicht zu einem Process zusammen, sondern jede blieb für sich, hatte ihre besondere *formula* und war mithin durch besonderen Urtheilsspruch zu erledigen".

[1]) *L.* 14 § 2 *D.* 44, 2. *l.* 18 *D.* 44, 7.

Singulas obligationes singulae causae sequuntur. — neque amplius quam semel res mea esse potest, saepius autem deberi potest.

ex empto[1]) und *ex legato:* In solchen Fällen tritt keine Aufhebung des Klagrechts durch Zweckerfüllung ein; ich kann daher, wenn ich zunächst nur aus dem einen Thatbestande geklagt habe und abgewiesen bin, aus dem anderen nochmals klagen. Ja, auch wenn die erste Klage Erfolg gehabt hat, kann ich mit der zweiten einen Anspruch auf das Interesse (Entrichtung des Werthes der Sache) geltend machen. Nur wenn die beiden concurrirenden Thatbestände (*causae*) gleichermassen lucrativ sind (*concursus causarum lucrativarum*) hebt nach Pandektenrecht die erfolgreiche Geltendmachung des einen den anderen auf.[1]) Dies gilt sogar bei Verschiedenheit der Personen, gegen welche der lucrative Anspruch auf dieselbe Sache gerichtet ist. Das Bürgerliche Gesetzbuch giebt keine Bestimmung über den *concursus duarum causarum lucrativarum.* Es muss daher im Einzelfalle geprüft werden, ob nach dem zu Grunde liegenden lucrativen Rechtsgeschäfte eine Begrenzung der Haftung des Schuldners dahin gewollt ist, dass der Schuldner frei wird, wenn der Gläubiger auf irgend einem anderen Wege als durch Erfüllung dasjenige voll und ganz erhalten hat, was ihm kraft des Schuldverhältnisses gebührt. Im Zweifel ist nach Analogie des § 2017 Abs. 2[2]) aus dem später geltend gemachten Anspruche nochmals der Werth der Sache zu entrichten.

§ 5.

Exceptio (Einrede) im materiellen und processualen Sinne.

Gegen eine Klage kann sich der Verklagte vertheidigen:

1. durch Leugnung des thatsächlichen Vorbringens *(negando)*;

2. durch Einreden im (weiteren) processualen Sinne: Man versteht darunter die Behauptung einer Thatsache, die auch

[1]) *L.* 17 *D.* 44, 7: *Julianus libro* 33 *Digestorum: Omnes debitores, qui speciem ex causa lucrativa debent, liberantur, cum ea species ex causa lucrativa ad creditores pervenisset.*

[2]) § 2170 Abs. 1 S. 1: Ist der Beschwerte zur Verschaffung (eines bestimmten Gegenstandes) ausser Stande, so hat er den Werth zu entrichten.

bei Richtigkeit des thatsächlichen Klagvorbringens das Klagrecht beseitigt *(defendendo)*.

Diese Einreden im processualen Sinne können aber das Klagrecht entweder *ipso jure* beseitigen, weil die in ihnen behauptete Thatsache eine negative Voraussetzung des Klagrechts bildet, d. h. entweder a) dieses Klagrecht überall nicht zur Entstehung gelangen lassen oder b) das entstandene aufheben. Solche Einreden sind *ad* a.) z. B. die Behauptung des wesentlichen Irrthums, der Nichtigkeit bewirkt, der mangelnden Handlungsfähigkeit u. s. w.; *ad* b) die Behauptung der Erfüllung, Zahlung oder sonstiger Erlöschungsgründe von Rechten.

3. Von diesen Einreden im weiteren (processualischen) Sinne *(defensiones)* unterscheidet nun das römische Recht die Einrede im technischen (materiellen) Sinne, die *exceptio*. Der Begriff der *exceptio* ist gerade so wie der der *actio* im materiellen Sinne nur aus dem historischen Charakter des römischen Civilrechts verständlich zu machen.

Wie die *actio* selber, so war die *exceptio* ein Mittel, das Recht in der Anwendung verschieden von dem abstracten rein objectiven Gesetzesrechte zu gestalten, es fortzubilden. Die Entstehung der römischen *exceptio* ist nur durch den auf scharfer Trennung von *jus* und *factum*, von Rechtsfrage und Thatfrage beruhenden Formularprocess zu erklären. Formell war die *exceptio* ein besonderer Zusatz zur Klagformel in Gestalt eines Ausnahmesatzes (*nisi*), materiell war sie nicht als Negation des Klagrechts, sondern als ein Gegenrecht des Verklagten zu denken, welches das Klagrecht paralysirt. Formell war etwa die *exceptio* den Nebenfragen zu vergleichen, die im heutigen Schwurgerichtsverfahren, das ja gleichfalls auf Trennung von Rechts- und Thatfragen abzielt, auf Antrag der Vertheidigung im Sinne einer dem Angeklagten günstigeren rechtlichen Beurtheilung des Thatbestandes gestellt werden können. Materiell aber hatte die *exceptio* eine weittragendere Bedeutung: Es lag darin das Zugeständniss, dass zwar der Rechtsatz, auf den das Recht des Klägers sich stützt, an sich gültig sei, aber verbunden mit der Behauptung, dass er im concreten Falle zu einer Unbilligkeit führen würde. Die *exceptio* diente also gerade so wie die *actio* der Anpassung des starren objectiven Rechts

ans Leben; die Frage, wie weit das objective Civilrecht zu diesem Zwecke modificirt werden dürfe, musste dem Beamten dem *praetor* vorbehalten bleiben. Der Richter *(judex)*, d. h. der Geschworene, hatte darüber nicht zu befinden; daher musste die Zulässigkeit der *exceptio* (wenigstens ursprünglich), *in jure*, d. h. bei der Behandlung der rechtlichen Beurtheilung des Thatbestandes entschieden werden, sie war ein Act der Rechtsbildung, ein Eingreifen der bei den Römern continuirlich in der Person des Beamten fortwirkend objectives Recht schaffenden Staatssouveränetät, die der *praetor* (*viva vox legis*) repräsentirte, eine Selbstcorrectur des starren objectiven Rechts im einzelnen Falle.[1]) Allerdings entwickelte sich aus dieser fortgesetzten Rechtsprechung im einzelnen Falle ein Niederschlag von Rechtssätzen, der Gesichtspunkt der individuellen Ausnahme wurde verwischt, die *exceptiones* wurden „stereotypirt" und schliesslich bediente sich das Civilrecht selbst in seinen neuen Bestimmungen der Form der *exceptio*, so insbesondere Senatsbeschlüsse (*S. C. Macedonianum*, *Vellejanum*) und kaiserliche Decrete.[2])

Die processualische Besonderheit der *exceptio* musste natürlich schon im römischen Rechte mit der Abschaffung der Civiljury (des Formularprocesses) fortfallen. Uebrigens verstanden sich schon zur Zeit des Formularprocesses gewisse *exceptiones* von selbst und bedurften nicht der ausdrücklichen Aufnahme in die Formel (die Fragstellung an den Geschwornen), genau wie im heutigen Geschwornenprocess gewisse objective und *subjective* Voraussetzungen der Schuld (negative Thatbestandsmerkmale, z. B. Nothwehr). Von diesen *exceptiones* hiess es: *bonae fidei negotiis insunt.* Dahin gehörte vor Allem die *exceptio doli generalis.*[3])

[1]) *L.* 3 § 1 *D.* 13, 5: *Si quis autem constituerit, quod jure civili debebat, jure praetorio non debebat, id est per exceptionem, an constituendo teneatur, quaeritur. Et est verum, ut Pomponius scribit eum non teneri, quia debita non est pecunia quae constituta est.*

[2]) Gajus IV. 118: *Exceptiones autem alias in edicto praetor habet propositas alias causa cognita accommodat: quae omnes vel ex legibus vel ex his quae legis vicem obtinent, substantiam capiunt vel ex jurisdictione praetoris propositae sunt.*

[3]) *L.* 21 *D. sol. matr.* 24, 3: *Doli exceptio inest de dote actioni ut*

Wegen des dargestellten besonderen historischen Charakters des Exceptionenbegriffs möchte man annehmen, dass derselbe für unser heutiges Recht gar keine Bedeutung beanspruchen könne.

Dennoch hat auch das Bürgerliche Gesetzbuch den Begriff der materiellrechtlichen Einrede festgehalten auf Grund folgender Erwägung der Motive: „Es muss die Regelung zulässig sein, dass ein Umstand einen Anspruch nicht von Rechtswegen in seiner Entstehung hindert oder wieder aufhebt, sondern dem Verpflichteten nur die Möglichkeit gewährt, die Befriedigung des an und für sich begründeten Anspruchs, sei es zur Zeit oder der Person nach, sei es für immer ablehnen zu dürfen. In wirthschaftlicher Hinsicht ist allerdings ein Anspruch, welchem eine seine Geltendmachung dauernd ausschliessende Einrede entgegensteht, einem nicht bezw. nicht mehr vorhandenen Anspruche gleichwerthig. Rechtlich besteht aber eine erhebliche Verschiedenheit, die namentlich in zwiefacher Hinsicht von practischer Bedeutung ist. Einmal kann die Möglichkeit der Entkräftung des mit einer Einrede behafteten Anspruchs wegfallen, insbesondere kann auf die Einrede von dem Verpflichteten verzichtet werden, und, wenn dies geschieht, erlangt der Anspruch seine Kraft, ohne dass es, wie bei dem von Rechtswegen aufgehobenen Anspruche, einer Wiederholung der Begründung bedarf. Sodann wirkt die Einrede nur, wenn der Verpflichtete sich auf dieselbe beruft.

Rechtshindernde und rechtsvernichtende Thatsachen müssen von dem Richter berücksichtigt werden, nicht bloss wenn der Beklagte sie geltend macht, sondern auch dann, wenn dieselben durch den klägerischen Vortrag in das Streitmaterial gelangen. Einredethatsachen können dagegen, auch wenn sie im Streitmateriale liegen, richterliche Beachtung nur finden, wenn der Beklagte die-

in ceteris bonae fidei negotiis L. 84 § 5 *D. de leg.* 1: — *hoc judicium bonae fidei est et continet in se doli mali exceptionem.*

selben durch Anrufung in Wirksamkeit setzt. In beiden Beziehungen steht das Einrederecht im Wesentlichen unter den gleichen Grundsätzen, wie das Anfechtungsrecht". (Mot. I. S. 359, 360.)

Die Einreden im processualischen Sinne bezeichnet das Bürgerliche Gesetzbuch als Einwendungen; es ist also nicht mehr zulässig, wenn man correkt im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs sprechen will, eine „Einrede" der Zahlung geltend zu machen, sondern nur noch eine Einwendung der Zahlung u. s. w.

§ 6.

Verjährung des Klagrechts (Anspruchsverjährung).

I. Die Verjährung des Klagrechts, der *actio* im römischrechtlichen Sinne ist eine besondere Art des allgemein und zwar fast in den Rechtssystemen aller Völker anerkannten Untergangs der Rechte durch Nichtgebrauch; wie die Macht der Zeit in Verbindung mit dem Momente der thatsächlichen Ausübung allgemeine Rechtssätze schaffen kann (Gewohnheitsrecht), auch individuelle (concrete) Rechtsverhältnisse (Herkommen) und subjective Rechte (Acquisitivverjährung, Ersitzung), so kann sich das Rechtsleben auch umgekehrt dem Einflusse des dauernden Nichtgebrauchs eines subjectiven Rechtes nicht entziehen. Entspricht doch auch dem Gewohnheitsrechts die *desuetudo*, das Erlöschen der Verbindlichkeit von Rechtsnormen durch Nichtanwendung. Dennoch ist die Verjährung des Klagrechts ein singuläres Rechtsinstitut, d. h. eingeführt nicht kraft Consequenz des Begriffes der subjectiven Rechtsidee, sondern um des öffentlichen Nutzens willen, vor Allem, um die aus langjähriger Nichtgeltendmachung eines Rechts erwachsende Ungewissheit seines Entstehungsgrundes bezw. seines Bestehens selber und die daraus resultirenden Schwierigkeiten der Processführung abzuschneiden; vielfach auch, auf dem Gebiete des Obligationenrechts, um den ungesunden langfristigen Crediten entgegenzutreten. Diese Singularität des Rechtsinstituts darf nicht verkannt werden, wenn seine Auslegung und Anwendung nicht auf Abwege gerathen soll.

Das alte römische Civilrecht kannte keine Verjährung des Klagrechts; seine Klagen waren sämmtlich *perpetuae actiones.* Kurze Verjährung tritt uns zuerst bei den prätorischen und ädilitischen Klagen entgegen, taucht dann allerdings auch auf dem Gebiete des *jus civile* auf, z. B. bei der *querela inofficiosi testamenti.* Sehr tiefgreifend war daher die Neuerung Kaiser Theodosius II., der im Jahre 424 alle nicht schon nach früherem Rechte in kürzerer Zeit verjährende Klagrechte der dreissigjährigen Verjährung unterwarf.

Unverjährbar blieben, soweit nicht *praestationes personales* in Betracht kamen, pandektenrechtlich die Teilungsklagen,[1]) da man andernfalls einen Zwang zu ewig dauernder Gemeinschaft anerkennen würde, und die *vindicatio libertatis*,[2]) aus fiscalischem Interesse auch die Klage auf Steuerrückstände.[3]) Da die Verjährung ein, wenn auch singuläres, so doch wesentlich im öffentlichen Interesse eingeführtes Rechtsinstitut ist, kann im Voraus nicht auf sie verzichtet werden. Die Wirkung der Verjährung ist nach römischer Auffassung übrigens zweifellos nicht *Ipso jure* — Untergang des Klagrechts, sondern lediglich eine *exceptio*, Einrede im materiellen Sinne. Allerdings bedurfte es keiner Aufnahme der *exceptio* in die Formel. Allein die Klage wurde nur abgewiesen, wenn der Verklagte die Einrede der Verjährung geltend machte; der Richter hatte die Verjährung nicht, wie in einzelnen Particularrechten,[4]) von Amtswegen zu berücksichtigen.

Bei dinglichen (absoluten) Rechten vernichtet auch diese Einrede nicht das Recht selber, sondern lediglich den „Anspruch" aus der Verletzung des Rechts, die *actio.* Anders bei obligatorischen Rechten: hier fällt *actio* und Recht zusammen. Allerdings stossen wir hier auf die pandektenrechtliche Controverse, ob nicht auch gegenüber der Verjährungseinrede eine sog. Naturalobligation und in welchem Sinne solche bestehen bleibt. Versteht man unter Naturalobligation eine irgendwie

[1]) *L. alt. Cod. comm. div.* 3, 27.

[2]) *L.* 3 *Cod.* 7, 22.

[3]) *L.* 6 *Cod. de praescr.* 7, 39.

[4]) Beispielsweise nach Sachsen-Altenburg'schem Recht.

indirect noch erzwingbare Obligation, sei es durch Retention oder durch Compensation, so ist das Bestehenbleiben einer Naturalobligation zu verneinen. Wir bezeichnen eine solche indirect erzwingbare Obligation aber nicht als Naturalobligation, sondern als unvollkommene Civilobligation. In unserem Sinne ist Naturalobligation eine erfüllbare, nicht erzwingbare; und in letzterem Sinne bleibt nach Pandektenrecht zweifellos eine Naturalobligation übrig: Dies liegt schon in dem Begriffe der *exceptio*; Zahlung einer verjährten Schuld ist keine Schenkung, ausserdem kann eine verjährte Schuld durch Anerkennung, *constitutum*, Bürgschaft, Pfandbestellung wieder Erzwingbarkeit erlangen.

II. Das Bürgerliche Gesetzbuch bezeichnet die bisher sog. Klagverjährung als Anspruchs-Verjährung. Die practische Bedeutung der Verjährung wird aber durch diese Bezeichnung keine andere, als im Pandektenrecht. Es verjährt das Klagrecht; allerdings verjährt dieses auch in dem Sinne, dass es nicht mehr als Einrede geltend gemacht werden kann. Dies aber bildet, wie wir gesehen haben, keinen Unterschied zum Pandektenrecht.

Unverjährbar sind nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche die Feststellungsklagen (§ 231 C.P.O.). Es geht dies schon daraus hervor, dass es bei ihnen an einem „Anspruche“ im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches (Recht auf eine gewisse Leistung) fehlt. „Aber auch abgesehen davon,“ bemerken die Motive I. S. 295, „wäre eine Verjährung dieser Klagen nicht am Platze. Die zeitliche Beschränkung der processualen Befugniss, Feststellung zu verlangen, würde mit dem Zwecke des Instituts selbst in Widerspruch treten, welches die Möglichkeit gewähren soll, zweifelhafte oder dem Streite ausgesetzte Verhältnisse jederzeit, solange dieselben bestehen, der richterlichen Entscheidung zu unterstellen, sofern nur ein rechtliches Interesse hierfür dargelegt werden kann.“ Wie im Pandektenrecht ist auch die Theilungsklage unverjährbar (§ 758).[1]) Aber auch gewisse „Ansprüche“ im Sinne des Bürgerlichen Gesetz-

[1]) „Der Anspruch auf Aufhebung der Gemeinschaft unterliegt nicht der Verjährung.“

buches sind der Verjährung entzogen, nämlich Ansprüche aus einem familienrechtlichen Verhältniss soweit sie auf die Herstellung des dem Verhältnisse entsprechenden Zustandes für die Zukunft gerichtet sind (§ 194 Abs. 2). Dahin gehören der Anspruch auf eheliche Gemeinschaft (§ 1353), der Anspruch der Frau auf Leitung des Hauswesens (§ 1356), die Pflicht der Kinder zu Hülfeleistungen im Hause (§ 1617), die vermögensrechtlichen Ansprüche auf Unterhalt (§ 1360, 1427, 1601 ff.).

Die zwingende Natur des Verjährungsinstituts erkennt das Bürgerliche Gesetzbuch entsprechend dem Pandektenrechte an in § 225 S. 1:

„Die Verjährung kann durch Rechtsgeschäft weder ausgeschlossen noch erschwert werden."

Doch können gewisse kurze Verjährungsfristen, z. B. die Verjährungsfrist des Anspruchs aus der *locatio conductio operis* wegen Mängel des Werkes (§ 638, 6 Monate) durch Vertrag verlängert werden (§ 638 Abs. 2).

Neu ist die Gestattung des S. 2 dieses Paragraphen, die nach Pandektenrechte jedenfalls, da es sich um eine Einrichtung *publici juris* handelt, nicht begründet werden konnte:

„Erleichterung der Verjährung, insbesondere Abkürzung der Verjährungsfristen ist zulässig."

Auch nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche erzeugt die Verjährung nur eine Einrede, obwohl diese Behauptung der Auffassung der Motive nicht entspricht. Es ist das practische Ergebniss des § 222 Abs. 1:

„Nach der Vollendung der Verjährung ist der Verpflichtete berechtigt, die Leistung zu verweigern."

Hieraus folgt, dass die Verjährung im Processe nicht von Amtswegen berücksichtigt werden darf, es würde m. E. sogar gegen das *nobile officium* eines Richters auch im Amtsgerichtsprocesse verstossen, wollte er eine verklagte Partei auf die Zulässigkeit der Verjährungseinrede aufmerksam machen.

Ferner ergiebt sich daraus, dass auf die vollendete Verjährung Verzicht geleistet werden kann.

Es bleibt auch nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche bei

begründeter Geltendmachung der Verjährungseinrede eine Naturalobligation in unserem oben gekennzeichneten Sinne bestehen. § 222 Abs. 2:

> „Das zur Befriedigung eines verjährten Anspruchs Geleistete kann nicht zurückgefordert werden, auch wenn die Leistung in Unkenntniss der Verjährung bewirkt worden ist. Das Gleiche gilt von einen vertragsmässigen Anerkenntnisse, sowie einer Sicherheitsleistung des Verpflichteten.“

Zu den schwierigsten Fragen der Klagrechtsverjährung gehört nach Pandektenrechte die nach dem Zeitpunkte ihres Beginnes. Da die Verjährung lediglich das Klagrecht betrifft, so gilt als allgemeiner Grundsatz die Selbstverständlichkeit, dass das concrete Klagrecht entstanden sein muss, *actio nata esse debet*, wenn die Verjährung beginnen soll. Der entscheidende Gesichtspunkt hierfür ist, ob der Richter die Klage als begründet zulassen muss, wobei es gleichgültig ist, ob ihr Erfolg etwa durch eine Einrede im materiellen Sinne (keine processualische, keine „Einwendung“) vereitelt werden könnte.

Bei dinglichen Rechten gehört also zur sog. Nativität der Klage die Verletzung des Rechts; erst mit dem totalen oder partiellen Eingriffe in mein Eigenthum entsteht die *rei-vindicatio* oder *actio negatoria*. Dagegen trifft dieses leicht erkennbare Criterium der Verletzung nicht zu bei den obligatorischen Rechten, bei denen „Anspruch“ und subjectives Recht identisch sind. Wie aber, wenn ein solches Recht in seiner Geltendmachung durch eine Aufschubsfrist gehemmt ist, wenn beispielsweise ein Darlehen unter Vereinbarung einer bestimmten Kündigungsfrist gegeben ist? Nach einer Entscheidung des Reichsgerichts[1]) soll auch in diesem Falle die Verjährung im Momente der Darlehnshingabe beginnen. Derselben Ansicht ist Dernburg, Pand. § 146. Die Unbilligkeit dieser Ansicht liegt zu Tage, wenn man bedenkt, dass ein Darlehen auf zehn Jahre unkündbar gegeben werden kann und dass einige Verjährungsgesetze rein persönliche Klagen

[1]) Bolze XIX. Nr. 182.

in zehn Jahren verjähren lassen. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat sie daher auch mit Recht abgelehnt: § 199:

„Kann der Berechtigte die Leistung erst verlangen, wenn er dem Verpflichteten gekündigt hat, so beginnt die Verjährung mit dem Zeitpunkte, von welchem an die Kündigung zulässig ist. Hat der Verpflichtete die Leistung erst zu bewirken, wenn seit der Kündigung eine bestimmte Frist verstrichen ist, so wird der Beginn der Verjährung um die Dauer der Frist hinausgeschoben."

Aus dem Paragraphen ergiebt sich, dass die Verjährung einer Schuld, die auf beliebige Kündigung gestellt ist, mit ihrer Entstehung beginnt; denn zulässig ist hier die Kündigung ja sofort bei der Entstehung der Schuld; die Bestimmung ist auch zweckmässig, da solche auf beliebige, unbestimmte Kündigung gestellte Forderungen anderenfalls bei Nichtkündigung überhaupt nicht verjähren würden.

Auch obligatorische Rechte beginnen erst mit der Verletzung (durch Zuwiderhandeln) zu verjähren, wenn ihr Gegenstand eine negative Pflicht ist: § 198 S. 2: „Geht der Anspruch auf ein Unterlassen, so beginnt die Verjährung mit der Zuwiderhandlung." Es genügt also nicht ein Bestreiten der Pflicht, gefordert ist eine Zuwiderhandlung.

Für die kurzen Verjährungsfristen von 2 bezw. 4 Jahren hat übrigens das Bürgerliche Gesetzbuch nach dem Vorgange der meisten bisherigen Landesgesetze im Interesse einer sicheren (practikablen) Rechtspflege den Zeitpunkt des Beginns der Verjährung auf den Schluss des Jahres festgesetzt, in welchem der Anspruch entstandeu ist (§ 200). Für andere hat es den Beginn der Verjährung an andere bestimmt nachweisbare Zeitpunkte geknüpft, z. B. Beendigung des Miethverhältnisses (§ 558), Abnahme des Werkes (§ 638), Endigung des Niesbrauchs (§ 1057), Rückgabe der Sache (§ 1226), Eingehung der Ehe (§ 1623), Ende der Vorlegungsfrist (§ 801).

III. Der Lauf einer Verjährung kann gehemmt und unterbrochen werden.

1. Hemmung bedeutet Stillstand der Verjährung während eines gewissen Zeitraums, so dass nach Ablauf der Hemmungs-

zeit die Verjährung wieder anknüpft an die bei ihrem Beginne verflossene Zeit (§ 205).[1])

2. Unterbrechung bedeutet Zerstörung der Wirkung der bis zum Unterbrechungsmomente abgelaufenen Zeit.

§ 217 B.G.B.: „Wird eine Verjährung unterbrochen, so kommt die bis zur Unterbrechung verstrichene Zeit nicht in Betracht; eine neue Verjährung kann erst nach Beendigung der Unterbrechung beginnen."

Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche findet Hemmung der Verjährung statt:

a) Solange die Leistung gestundet oder der Verpflichtete aus einem anderen Grunde vorübergehend zur Verweigerung der Leistung berechtigt ist (§ 202 Abs. 1); beispielsweise, solange ein Moratorium ertheilt ist.

Diese Vorschrift findet keine Anwendung auf die Einrede des Zurückbehaltungsrechts, des nicht erfüllten Vertrages, der mangelnden Sicherheitsleistung, der Vorausklage, sowie auf die nach § 770[2]) dem Bürgern und nach den §§ 2014, 2015[3]) dem Erben zustehenden Einreden (§ 202 Abs. 2).

b) Solange der Berechtigte durch Stillstand der Rechtspflege (beispielsweise in Folge einer feindlichen Invasion) innerhalb der letzten sechs Monate der Verjährungsfrist an der Rechtspflege gehindert ist.

Das Gleiche gilt, wenn eine solche Verhinderung in anderer

[1]) „Der Zeitraum, während dessen die Verjährung gehemmt ist, wird in die Verjährungsfrist nicht eingerechnet."

[2]) § 770: „Der Bürge kann die Befriedigung des Gläubigers verweigern, solange dem Hauptschuldner das Recht zusteht, das seiner Verbindlichkeit zu Grunde liegende Rechtsgeschäft anzufechten."

[3]) § 2014: „Der Erbe ist (der ein Nachlassverzeichniss beim Nachlassgerichte einreicht) berechtigt, die Berichtigung einer Nachlassverbindlichkeit bis zum Ablaufe der ersten drei Monate nach der Annahme der Erbschaft, jedoch nicht über die Errichtung des Inventars hinaus zu verweigern."

§ 2015 Abs. 1: „Hat der Erbe den Antrag auf Erlassung des Aufgebots der Nachlassgläubiger innerhalb eines Jahres nach der Annahme der Erbschaft gestellt und ist der Antrag zugelassen, so ist der Erbe berechtigt, die Berichtigung einer Nachlassverbindlichkeit bis zur Beendigung des Aufgebotsverfahrens zu verweigern."

Weise durch höhere Gewalt (beispielsweise Verkehrsunterbrechung in Folge von Schneefällen u. s. w.) herbeigeführt wird.

c) Endlich ist die Verjährung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche gehemmt für Ansprüche zwischen Ehegatten, solange die Ehe besteht. Diese dem Pandektenrechte fremde Bestimmung ist um deswillen durchaus gerechtfertigt, weil das Bürgerliche Gesetzbuch im Principe der deutschrechtlichen, bezw. christlichen Auffassung der Ehe huldigt und ein Mundium des Ehemanns über die Frau anerkennt. Allerdings würde aus der strengen Durchführung des deutsch-christlichen Eherechts folgern, dass Processe, abgesehen von Ehescheidungs- und Nichtigkeitsklagen bezw. Wiederherstellung des ehelichen Lebens zwischen Ehegatten überhaupt unzulässig sein müssten. Soweit ist das Bürgerliche Gesetzbuch jedoch nicht gegangen, es erkennt nur in diesem Paragraphen an, dass thatsächlich die sittliche Natur der Ehe die Anstellung von Klagen zwischen den Ehegatten ausschliessen muss.

Aus gleicher Rücksicht auf das thatsächlich vorauszusetzende die Anstellung eines Processes ausschliessende Pietätsverhältniss ist die Verjährung von Ansprüchen zwischen Eltern und Kindern während der Minderjährigkeit und zwischen dem Vormunde und seinem Mündel während der Dauer des Vormundschaftsverhältnisses gehemmt (§ 204).

d) Nach Pandektenrechte wird gegen geschlechtsunreife Minderjährige (*impuberes* S. 98 oben) jede Verjährung, gegen geschlechtsreife Minderjährige jede Verjährung, die weniger als dreissig Jahre läuft, gehemmt. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat dieses persönliche Privilegium der Minderjährigen nicht aufgenommen, für den Fall aber, dass eine gesetzliche Vertretung nicht vorhanden ist, räumt es dem Minderjährigen, wie jeder geschäftsunfähigen oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Person, eine besondere complicirte Verlängerung der Verjährungsfrist ein.

§ 206: „Ist eine geschäftsunfähige oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Person ohne gesetzlichen Vertreter, so wird die gegen sie laufende Verjährung nicht vor dem Ablaufe von sechs Monaten nach dem

Zeitpunkte vollendet, in welchem die Person unbeschränkt geschäftsfähig wird oder der Mangel der Vertretung aufhört. Ist die Verjährung kürzer als sechs Monate, so tritt der für die Verjährung bestimmte Zeitraum an die Stelle der sechs Monate.

Diese Vorschriften finden keine Anwendung, soweit eine in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Person processfähig ist.“

Offenbar hat diese Bestimmung zunächst nur physische Personen im Auge, wir haben sie daher (oben S. 186, 202) auf *universitates personarum* für unanwendbar erklärt, dagegen bei Stiftungen aus Gründen der Analogie, die bei den Vereinen nicht zutreffen, für anwendbar erklärt (S. 258, 259 oben).

Dieselbe Fristverlängerung wird für den Fall gewährt, dass nach § 1958 [1]) ein Erbe vor der Annahme der Erbschaft nicht verpflichtet ist, auf einen Rechtsstreit sich einzulassen, durch welchen gegen ihn als Erben ein Anspruch geltend gemacht wird und nicht etwa der Concurs über den Nachlass eröffnet ist oder ein Nachlasspfleger [2]) bestellt oder ein sonstiger Vertreter, insbesondere ein Abwesenheitspfleger, vorhanden ist (§ 207).[3])

[1]) § 1958: „Vor der Annahme der Erbschaft kann ein Anspruch, der sich gegen den Nachlass richtet, nicht gegen den Erben gerichtlich geltend gemacht werden.“

[2]) § 1960: „Bis zur Annahme der Erbschaft hat das Nachlassgericht für die Sicherung des Nachlasses zu sorgen, soweit ein Bedürfniss besteht. Das Gleiche gilt, wenn der Erbe unbekannt oder wenn ungewiss ist, ob er die Erbschaft angenommen hat.

Das Nachlassgericht kann insbesondere die Anlegung von Siegeln, die Hinterlegung von Geld, Werthpapieren und Kostbarkeiten sowie die Aufnahme eines Nachlassverzeichnisses anordnen und für denjenigen, welcher Erbe wird, einen Pfleger (Nachlasspfleger) bestellen.

Die Vorschrift des § 1958 findet auf den Nachlasspfleger keine Anwendung.“

[3]) § 207: „Die Verjährung eines Anspruchs, der zu einem Nachlasse gehört oder sich gegen einen Nachlass richtet, wird nicht vor dem Ablaufe von sechs Monaten nach dem Zeitpunkte vollendet, in welchem die Erbschaft von dem Erben angenommen oder der Concurs über den Nachlass eröffnet wird oder von welchem an der Anspruch von einem Ver-

2. Als Unterbrechungsgründe gelten:

a) Die Anerkennung des Anspruchs, sei diese nun ausdrücklich oder stillschweigend (concludent). Als Beispiele stillschweigender Anerkennung nennt das Bürgerliche Gesetzbuch Abschlagszahlung, Zinszahlung, Sicherheitsleistung. Bei wiederkehrenden Leistungen, beispielsweise Renten, Canons, liegt eine concludente Anerkennung des Hauptanspruchs in jeder einzelnen Leistung.

Die Anerkennung muss dem Berechtigten gegenüber erfolgen, d. h. ihm selber oder seinem Vertreter gegenüber.

b) Die Klage. Derselben sind gleichgestellt: 1. die Zustellung eines Zahlungsbefehls im Mahnverfahren, 2. die Anmeldung des Anspruchs im Concurse, 3. die Geltendmachung der Aufrechnung des Anspruchs im Processe, 4. die Streitverkündigung in dem Processe, von dessen Ausgange der Anspruch abhängt, 5. die Vornahme einer Vollstreckungshandlung und, soweit die Zwangsvollstreckung den Gerichten oder anderen Behörden zugewiesen ist, die Stellung des Antrags auf Zwangsvollstreckung (§ 209).

Entscheidend ist der Augenblick der Klagerhebung, d. h. nach § 230 der C.P.O. die Zustellung der Klagschrift; im Falle des § 461 C.P.O. (bei freiwilligem Erscheinen beider Parteien vor dem Amtsgerichte) und § 471 C.P.O. (bei Sühneversuch) der mündliche Vortrag der Klage, analog beim Zahlungsbefehl dessen Zustellung. — Der Klagerhebung steht gleich das Gesuch um Vorentscheidung über die Zulässigkeit des Rechtswegs und der Antrag auf Bestimmung des zuständigen Gerichts,[2]) unter der Bedingung, dass binnen drei

treter oder gegen einen Vertreter geltend gemacht werden kann. Ist die Verjährungsfrist kürzer als sechs Monate, so tritt der für die Verjährung bestimmte Zeitraum an die Stelle der sechs Monate."

[1]) § 208: „Die Verjährung wird unterbrochen, wenn der Verpflichtete dem Berechtigten gegenüber den Anspruch durch Abschlagzahlung, Zinszahlung, Sicherheitsleistung oder in anderer Weise anerkennt."

[2]) Vgl. § 36 C.P.O.: „Die Bestimmung des zuständigen Gerichts erfolgt durch das im Instanzenzuge zunächst höhere Gericht:

1. wenn das an sich zuständige Gericht in einem einzelnen Falle an der Ausübung des Richteramts rechtlich oder thatsächlich verhindert ist;

Monaten nach Erledigung des Gesuchs die Klage selber erhoben wird (§ 210). Wir haben hier eine gesetzliche Resolutivbedingung.

Eine weitere gesetzliche Resolutivbedingung bildet die Zurücknahme der Klage oder deren rechtskräftige Abweisung durch ein nicht in der Sache selbst entscheidendes Urtheil, § 212 Abs. 1:

> „Die Unterbrechung der Klagerhebung gilt als nicht erfolgt, wenn die Klage zurückgenommen oder durch ein nicht in der Sache selbst entscheidendes Urtheil rechtskräftig abgewiesen wird.“

„Nicht in der Sache selbst“ entscheidet ein Urtheil, das die Klage wegen Unzuständigkeit des Gerichts oder „angebrachter Massen“, d. h. unrichtiger Form oder unzureichender Begründung *in jure* abweist.[1]) Die Wirkung dieser Resolutivbedingung wird aber wieder beseitigt (also das Unicum einer selbst wieder resolutivbedingten Resolutivbedingung, ein classisches Beispiel des die frühere Einfachheit und Klarheit juristischen Denkens verrenkenden geschraubten juristischen Schnörkelstyls der im Bürgerlichen Gesetzbuche ihren höchsten Triumph feiernden Gesetzgebungs-Manier des „grünen Tisches“), wenn der Berechtigte nach der Zurücknahme der Klage vom neuen Klage erhebt. § 212 Abs. 2:

> „Erhebt der Berechtigte binnen sechs Monaten vom neuen Klage, so gilt die Verjährung als

2. wenn es mit Rücksicht auf die Grenzen verschiedener Gerichtsbezirke ungewiss ist, welches Gericht für den Rechtsstreit zuständig sei;

3. wenn mehrere Personen, welche bei verschiedenen Gerichten ihren allgemeinen Gerichtsstand haben, als Streitgenossen im allgemeinen Gerichtsstande verklagt werden sollen und für den Rechtsstreit ein gemeinschaftlicher besonderer Gerichtsstand nicht begründet ist;

4. wenn die Klage in dem dinglichen Gerichtsstande erhoben werden soll und die Sache in den Bezirken verschiedener Gerichte belegen ist;

5. wenn in einem Rechtsstreite verschiedene Gerichte sich rechtskräftig für zuständig erklärt haben;

6. wenn verschiedene Gerichte, von welchen eines für den Rechtsstreit zuständig ist, sich rechtskräftig für unzuständig erklärt haben.“

[1]) Anders die auf *const.* 7 *Cod. ne de statu defunctorum* 7, 11 gestützte gemeinrechtliche Praxis. R.G. XXIV. nr. 41.

durch die Erhebung der ersten Klage unterbrochen. Auf diese Frist finden die Vorschriften der §§ 203, 206, 207 entsprechende Anwendung.“ [1])

[1]) § 203: „Die Verjährung ist gehemmt, so lange der Berechtigte durch Stillstand der Rechtspflege innerhalb der letzten sechs Monate der Verjährungsfrist an der Rechtsverfolgung verhindert ist.

Das Gleiche gilt, wenn eine solche Verhinderung in anderer Weise durch höhere Gewalt herbeigeführt wird.“

Der Fristablauf der positiven Resolutivbedingung, welche die Wirkung der von ihr abhängigen negativen wieder aufhebt, wird also gehemmt, wenn innerhalb derselben ein Stillstand der Rechtspflege (durch feindliche Invasion, Revolution u. s. w.) eintritt oder der Berechtigte durch höhere Gewalt (Ueberschwemmung, Wegführung durch Räuber und ähnliche fatale Ereignisse) an der Anstellung der neuen Klage gehindert wird, (Ein Beispiel umsichtigster Voraussicht des Gesetzgebers zur Aufrechterhaltung des von ihm geschaffenen juristischen Kunstwerks.)

§ 206: „Ist eine geschäftsunfähige oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Person ohne gesetzlichen Vertreter, so wird die gegen sie laufende Verjährung nicht vor dem Ablaufe von sechs Monaten nach dem Zeitpunkte vollendet, in welchem die Person unbeschränkt geschäftsfähig wird oder der Mangel der Vertretung aufhört. Ist die Verjährungsfrist kürzer als sechs Monate, so tritt der für die Verjährung bestimmte Zeitraum an die Stelle der sechs Monate.

Diese Vorschriften finden keine Anwendung, soweit eine in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Person processfähig ist.“

Die entsprechende Anwendung dieses Paragraphen verdeutliche man sich folgendermassen: A. hat eine Klage gegen B. angestellt und zurückgenommen. Die Unterbrechung der Verjährung gilt als nicht erfolgt. Darauf wird er nach vier Monaten geisteskrank und erhält einen Vormund. Der Vormund stirbt nach sechs Wochen und A. ist ohne gesetzlichen Vertreter während der 14 Tage, die ihm noch zur Neuanstellung der Klage fehlen. Nehmen wir an, die Verjährung, um die es sich handelt, ist vierjährig. In diesem Falle wird A., wenn er wieder gesund und unbeschränkt geschäftsfähig wird, selbst oder sein neuer Vormund, wenn er einen solchen erhält, noch sechs Monate nach seiner Genesung oder nach der neuen Vormundsbestellung die neue Klage mit der Wirkung anstellen können, dass die Verjährung als unterbrochen gilt durch die erste zurückgenommene Klage.

§ 207: „Die Verjährung eines Anspruchs, der zu einem Nachlasse gehört oder sich gegen einen Nachlass richtet, wird nicht vor dem Ablaufe von sechs Monaten nach dem Zeitpunkte vollendet, in welchem die Erbschaft von den Erben angenommen oder der Concurs über den Nachlass eröffnet wird oder von welchem an der Anspruch von einem Ver-

Nach Pandektenrecht beginnt nach Unterbrechung der Verjährung des Klagrechts durch Klagerhebung eine eigenartige Verjährung der Litispendenz von dem letzten processualischen Acte an, die sich in 40 Jahren vollendet. Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche beginnt dagegen von der letzten Processhandlung an eine neue Verjährung des alten Anspruchs, also eine Verjährung mit derselben Verjährungsfrist (§ 211). Endet dagegen der Process mit rechtskräftigem Urtheil oder vollstreckbarem Vergleich, so beginnt eine besondere Rechtskraftverjährung von 30 Jahren, es sei denn, dass die Feststellung sich auf regelmässig wiederkehrende, erst künftig fällig werdende Leistungen bezieht.

§ 218: „Ein rechtskräftig festgestellter Anspruch verjährt in dreissig Jahren, auch wenn er an sich einer kürzeren Verjährung unterliegt. Das Gleiche gilt von einem Anspruche aus einem vollstreckbaren Vergleiche oder einer vollstreckbaren Urkunde, sowie von einem Anspruche, welcher durch die im Concurs erfolgte Feststellung vollstreckbar geworden ist.

Soweit sich die Feststellung auf regelmässig wiederkehrende, erst künftig fällig werdende Leistungen bezieht, bewendet es bei der kurzen Verjährungsfrist."

IV. Die Verjährungsfristen des Bürgerlichen Gesetzbuchs:

§ 195. Die regelmässige Verjährungsfrist beträgt dreissig Jahre.

Diese Frist ist aus dem römischen Rechte übernommen. Das Bürgerliche Gesetzbuch schliesst sich insofern dem Gemeinen Rechte an, wird aber bei besonderen Ansprüchen den Verhältnissen durch Einführung kürzerer Verjährungsfristen gerecht. Es kennt solche von sechs Wochen (§ 490),[1]) sechs Monaten (§§ 477,[2])

treter oder gegen einen Vertreter geltend gemacht werden kann. Ist die Verjährungsfrist kürzer als sechs Monate, so tritt der für die Verjährung bestimmte Zeitraum an die Stelle der sechs Monate."

Vgl. oben S. 569.

[1]) Anspruch des Käufers auf Wandelung sowie Anspruch auf Schadensersatz wegen eines Hauptmangels, dessen Nichtvorhandensein der Verkäufer zugesichert hat.

[2]) Anspruch auf Wandelung oder auf Minderung sowie Anspruch

558,[1]) 606,[2]) 638,[3]) 1057,[4]) 1226),[5]) von einem Jahre (§§ 638,[6]) 1623),[7]) von zwei Jahren (§§ 801,[8]) 1302),[9]) drei Jahren (§§ 786,[10]) 852,[11]) 2287,[12]) 2332),[13]) vier Jahren (§ 1715),[14]) fünf Jahren

auf Schadensersatz wegen Mangels einer zugesicherten Eigenschaft, sofern nicht Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat.

[1]) Ersatzansprüche des Vermiethers wegen Veränderungen oder Verschlechterungen der vermietheten Sache sowie Ansprüche des Miethers auf Ersatz von Verwendungen oder auf Gestattung der Wegnahme einer Einrichtung (Beginn mit Beendigung des Miethverhältnisses).

[2]) Ersatzansprüche des Verleihers wegen Veränderungen oder Verschlechterungen der verliehenen Sache sowie die Ansprüche des Entleihers auf Ersatz von Verwendungen oder auf Gestattung der Wegnahme einer Einrichtung.

[3]) Anspruch des Bestellers (beim Werkvertrage) auf Beseitigung eines Mangels des Werks sowie die wegen des Mangels dem Besteller zustehenden Ansprüche auf Wandelung, Minderung oder Schadensersatz, sofern nicht der Unternehmer den Mangel arglistig verschiegen hat (Beginn mit Abnahme des Werks).

[4]) Ersatzansprüche des Eigenthümers (gegen den Niessbraucher) wegen Veränderungen oder Verschlechterungen der Sache sowie Ansprüche des Niessbrauchers auf Ersatz von Verwendungen oder auf Gestattung der Wegnahme einer Einrichtung (Beginn mit Ende des Niessbrauchs).

[5]) Ersatzansprüche des Verpfänders wegen Veränderungen oder Verschlechterungen des Pfandes sowie Ansprüche des Pfandgläubigers auf Ersatz von Verwendungen oder auf Gestattung der Wegnahme einer Einrichtung (Beginn mit Rückgabe der Sache).

[6]) Wandelung und Minderung der Arbeiten an einem Grundstück.

[7]) Anspruch auf Aussteuer.

[8]) Anspruch aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber nach Vorlegung derselben an den Aussteller zur Einlösung (Beginn mit Ende der Vorlegungsfrist).

[9]) Schadensersatz wegen Verlöbnissbruchs, Deflorationsanspruch.

[10]) Anspruch des Anweisungsempfängers (Assignatar) gegen den Angewiesenen (Assignaten) aus der Annahme (dem schriftlichen Accept auf der Anweisung).

[11]) Anspruch auf Schadensersatz aus einer unerlaubten Handlung (vom Beginn der Kenntniss des Schadens und der Person des Ersatzpflichtigen).

[12]) Anspruch des Vertragserben wegen *inofficiosa donatio* gegen den Beschenkten.

[13]) Pflichttheilsanspruch (vom Zeitpunkte der Kenntniss des Eintrittes des Erbfalls und der beeinträchtigenden Verfügung).

[14]) Anspruch der unehelichen Mutter auf Entbindungskosten und Kosten des Unterhalts für die sechs Wochen.

(§ 638).[1]) Für eine Reihe von Ansprüchen aber aus Geschäften des täglichen Verkehrs ist eine Verjährungsfrist von zwei und vier Jahren bestimmt.

§ 196. In zwei Jahren verjähren die Ansprüche:

1. der Kaufleute, Fabrikanten, Handwerker und derjenigen, welche ein Kunstgewerbe betreiben, für Lieferung von Waaren, Ausführung von Arbeiten und Besorgung fremder Geschäfte, mit Einschluss der Auslagen, es sei denn, dass die Leistung für den Gewerbebetrieb des Schuldners erfolgt;
2. derjenigen, welche Land- oder Forstwirthschaft betreiben, für Lieferung von land- oder forstwirthschaftlichen Erzeugnissen, sofern die Lieferung zur Verwendung im Haushalte des Schuldners erfolgt;
3. der Eisenbahnunternehmungen, Frachtfuhrleute, Schiffer, Lohnkutscher und Boten wegen des Fahrgeldes, der Fracht, des Fuhr- und Botenlohns, mit Einschluss der Auslagen;
4. der Gastwirthe und derjenigen, welche Speise oder Getränke gewerbsmässig verabreichen, für Gewährung von Wohnung und Beköstigung, sowie für andere den Gästen zur Befriedigung ihrer Bedürfnisse gewährte Leistungen, mit Einschluss der Auslagen;
5. derjenigen, welche Lotterieloose vertreiben, aus dem Vertriebe der Loose, es sei denn, dass die Loose zum Weitervertriebe geliefert werden;
6. derjenigen, welche bewegliche Sachen gewerbsmässig vermiethen, wegen des Miethzinses;
7. derjenigen, welche, ohne zu den in Nr. 1 bezeichneten Personen zu gehören, die Besorgung fremder Geschäfte oder die Leistung von Diensten gewerbsmässig betreiben, wegen der ihnen aus dem Gewerbebetriebe gebührenden Vergütungen, mit Einschluss der Auslagen;
8. derjenigen, welche im Privatdienste stehen, wegen des Gehalts, Lohnes oder anderer Dienstbezüge, mit Ein-

[1]) Anspruch des Bestellers bei Werkverdingung wegen Mängel (sofern es sich um Bauwerke handelt).

schluss der Auslagen, sowie der Dienstberechtigten wegen der auf solche Ansprüche gewährten Vorschüsse;

9. der gewerblichen Arbeiter — Gesellen, Gehülfen, Lehrlinge, Fabrikarbeiter —, der Tagelöhner und Handarbeiter wegen des Lohnes und anderer an Stelle oder als Theil des Lohnes vereinbarter Leistungen, mit Einschluss der Auslagen, sowie der Arbeitgeber wegen der auf solche Ansprüche gewährten Vorschüsse;
10. der Lehrherren und Lehrmeister wegen des Lehrgeldes und anderer im Lehrvertrage vereinbarter Leistungen, sowie wegen der für die Lehrlinge bestrittenen Auslagen;
11. der öffentlichen Anstalten, welche dem Unterrichte, der Erziehung, Verpflegung oder Heilung dienen, sowie der Inhaber von Privatanstalten solcher Art für Gewährung von Unterricht, Verpflegung oder Heilung und für die damit zusammenhängenden Aufwendungen;
12. derjenigen, welche Personen zur Verpflegung oder zur Erziehung aufnehmen, für Leistungen und Aufwendungen der in Nr. 11 bezeichneten Art;
13. der öffentlichen Lehrer und der Privatlehrer wegen ihrer Honorare, die Ansprüche der öffentlichen Lehrer jedoch nicht, wenn sie auf Grund besonderer Einrichtungen gestundet sind;
14. der Aerzte, insbesondere auch der Wundärzte, Geburtshelfer, Zahnärzte und Thierärzte, sowie der Hebammen für ihre Dienstleistungen, mit Einschluss der Auslagen;
15. der Rechtsanwälte, Notare und Gerichtsvollzieher, sowie aller Personen, die zur Besorgung gewisser Geschäfte öffentlich bestellt oder zugelassen sind, wegen ihrer Gebühren und Auslagen, soweit nicht diese zur Staatskasse fliessen;
16. der Parteien wegen der ihren Rechtsanwälten geleisteten Vorschüsse;
17. der Zeugen und Sachverständigen wegen ihrer Gebühren und Auslagen.

Soweit die im Abs. 1 Nr. 1, 2, 5 bezeichneten Ansprüche

nicht der Verjährung von zwei Jahren unterliegen, verjähren sie in vier Jahren.

§ 197. In vier Jahren verjähren die Ansprüche auf Rückstände von Zinsen, mit Einschluss der als Zuschlag zu den Zinsen zum Zwecke allmählicher Tilgung des Kapitals zu entrichtenden Beträge, die Ansprüche auf Rückstände von Mieth- und Pachtzinsen, soweit sie nicht unter die Vorschrift des § 196 Abs. 1 Nr. 5 fallen, und die Ansprüche auf Rückstände von Renten, Auszugsleistungen, Besoldungen, Wartegeldern, Ruhegehalten, Unterhaltsbeiträgen und allen anderen regelmässig wiederkehrenden Leistungen.

§ 7.

Sicherheitsleistung.

Der durch die Klage gewährte Rechtsschutz erweist sich practisch nicht selten als unzulänglich sowohl gegenüber dem bösen oder zu schwachen Willen des Gegners als auch bei thatsächlichem Unvermögen desselben. Der Ergänzung dieser Seite des Rechtsschutzes dienen die sog. Cautionen oder Sicherheitsleistungen im weiteren Sinne.

1. Der böse oder schwache Wille des Gegners kann den Rechtsschutz der Klage vor Allem gefährden durch frivoles Bestreiten und Geltendmachen von Einreden. Dieser Gefahr entgegenzutreten, sind vor Allem die sog. abstracten Rechtsgeschäfte (im Sinne mangelnder *causa* bezw. der Umkehr der Beweislast S. 320, 321 ff. oben) geeignet, im römischen Rechte vor Allem die Stipulation, im heutigen der Wechsel, die Anerkennung. Ferner dienlich ist die vorherige Schätzung des Werthes einer Sache, der *aestimatio taxationis causa*, wie sie beispielsweise im römischen Dotalrechte zulässig war, auch bei Pachtverträgen üblich war und durch §§ 594,[1]) 1048,[2]) des Bürgerlichen Gesetzbuches gegeben ist.

[1]) § 594: „Uebernimmt der Pächter eines Landguts das Gut auf Grund einer Schätzung des wirthschaftlichen Zustandes mit der Bestimmung, dass nach Beendigung der Pacht die Rückgewähr gleichfalls auf Grund einer solchen Schätzung zu erfolgen hat, so finden auf die

Ferner kannte das Pandektenrecht als Sicherungsmittel gegen den bösen oder schwachen Willen des Verpflichteten die eidliche Bestätigung seiner Verpflichtung, *cautio juratoria*.[1])

Auch die Conventionalstrafe (Strafgeding) dient diesem Zwecke und ist als Sicherungsmittel im weiteren Sinne aufzufassen.

2. Der Gefahr des Unvermögens des Schuldners durch Insolvenz kann durch Bestellung von Bürgen oder Pfändern, auch durch Hinterlegung, Sequestration entgegen getreten werden.

Dem zuerst genannten Cautionszwecke dienen in der Regel die sog. Verbalcautionen, dem zu 2. genannten die sog. Real-

Rückgewähr des Gutes die Vorschriften des § 589 Abs. 2, 3 entsprechende Anwendung.

§ 589 Abs. 2, 3: Der Verpächter kann die Uebernahme derjenigen von dem Pächter angeschafften Inventarstücke ablehnen, welche nach den Regeln einer ordnungsmässigen Wirthschaft für das Grundstück überflüssig oder zu werthvoll sind; mit der Ablehnung geht das Eigenthum an den abgelehnten Stücken auf den Pächter über.

Ist der Gesammtschätzungswerth der übernommenen Stücke höher oder niedriger, als der Gesammtschätzungswerth der zurückzugewährenden Stücke, so hat im ersteren Falle der Pächter dem Verpächter, im letzteren der Verpächter dem Pächter den Mehrbetrag zu vergüten.

Das Gleiche gilt, wenn der Pächter Vorräthe auf Grund einer Schätzung mit einer solchen Bestimmung übernimmt, für die Rückgewähr der Vorräthe, die er zurückzulassen verpflichtet ist.

[2]) § 1048, Abs. 2: „Uebernimmt der Niessbraucher das Inventar zum Schätzungswerthe mit der Verpflichtung, es bei der Beendigung des Niessbrauches zum Schätzungswerthe zurückzugewähren, so finden die Vorschriften der §§ 588, 589 entsprechende Anwendung (§ 588: der Pächter trägt die Gefahr des zufälligen Unterganges und einer zufälligen Verschlechterung des Inventars. Er kann über die einzelnen Stücke innerhalb der Grenzen einer ordnungsmässigen Wirthschaft verfügen. — Der Pächter hat das Inventar nach den Regeln einer ordnungsmässigen Wirthschaft in dem Zustande zu erhalten, in welchem es ihm übergeben wird. Die von ihm angeschafften Stücke werden mit der Einverleibung in das Inventar Eigenthum des Verpächters).

[1]) § 2 *J. de satisd.* IV. 11.

cautionen; erstere gewähren nur eine grössere persönliche Haftung, letztere eine dingliche Sicherheit.

Man unterscheidet ferner die Cautionen, je nachdem sie auf Grund gesetzlicher oder richterlicher Anordnung oder freiwillig bestellt werden, als *necessariae* und *voluntariae cautiones*.

Das Bürgerliche Gesetzbuch normirt eine gesetzliche Pflicht zur Realcaution in folgenden Fällen:

a) Nach § 52 B.G.B., bei Auflösung eines Vereins, ist der einem bekannten Gläubiger, der sich nicht meldet, geschuldete Betrag zu hinterlegen.

b) Nach § 867 muss, wer auf fremden Grundstücken seine abhanden gekommene Sache wieder aufsucht, Sicherheit leisten für die durch Aufsuchung und die Wegschaffung zu besorgenden Schaden.

c) Für die Entrichtung einer Geldrente ist unter Umständen nach § 843 Sicherheit zu leisten.

d) Wer berechtigt ist, Ersatz für Aufwendungen zu verlangen, die er für einen bestimmten Zweck macht, kann, wenn er für diesen Zweck eine Verbindlichkeit eingeht und diese Verbindlichkeit noch nicht fällig ist, Sicherheitsleistung vom Ersatzpflichtigen beanspruchen, dafür, dass dieser ihn von der Verbindlichkeit befreie (§ 257). Dasselbe Recht hat nach § 775 der Bürge gegen den Hauptschuldner, wenn es sich um eine Bürgschaft kraft Auftrags oder nützlicher Geschäftsführung handelt.

e) Ferner sind zur Bestellung von Sicherheiten verpflichtet, nach § 1039 der Niessbraucher dem Eigenthümer für ordnungsmässige Ausübung seines Rechts; nach § 1391 der Ehemann der Ehefrau für das eingebrachte Gut, wenn sein Verhalten eine Besorgniss der Gefährdung begründet; nach § 1668 kann der Vater zur Sicherheitsleistung für das seiner Verwaltung unterstehende Kindesvermögen vom Vormundschaftsgerichte angehalten werden, nach § 1844 entsprechend der Vormund.

f) Wird durch das Verhalten des Vorerben oder durch seine ungünstige Vermögenslage die Besorgniss einer erheblichen Verletzung des Rechte der Nacherben begründet, so kann der Nacherbe Sicherheitsleistung verlangen.

Gemeinsame Vorschriften für gesetzliche und freiwillige

Sicherheitsleistungen giebt das Bürgerliche Gesetzbuch im letzten (VII.) Titel seines I. Buches.

Als zulässige Mittel der Sicherheitsleistung werden hier bezeichnet:

1. Hinterlegung von Geld- oder Werthpapieren.
2. Verpfändung von Forderungen, die in das Reichsschuldbuch oder in das Staatsschuldbuch eines Bundesstaats eingetragen sind.
3. Verpfändung beweglicher Sachen.
4. Bestellung von Hypotheken an inländischen Grundstücken.
5. Verpfändung von Forderungen, für die eine Hypothek an einem inländischen Grundstücke besteht, oder durch Verpfändung von Grundschulden oder Rentenschulden an inländischen Grundstücken (§ 232).

Die Bürgschaftsleistung als Sicherheitsmittel ist nur subsidiär zugelassen, für den Fall, dass dem Verpflichteten andere Sicherheitsmittel nicht zu Gebote stehen. Mit der Hinterlegung erwirbt der Berechtigte ein Pfandrecht an dem hinterlegten Gelde oder an den hinterlegten Werthpapieren und, wenn das Geld oder die Werthpapiere nach landesgesetzlicher Vorschrift in das Eigenthum des Fiscus oder der als Hinterlegungsstelle bestimmten Anstalt übergehen, ein Pfandrecht an der Forderung auf Rückerstattung (§ 233). Werthpapiere sind zur Sicherheitsleistung nur geeignet, wenn sie auf den Inhaber lauten, einen Curswerth haben und einer Gattung angehören, in der Mündelgeld angelegt werden darf. Den Inhaberpapieren stehen Orderpapiere gleich, die mit Blancoindossament versehen sind. Mit den Werthpapieren sind die Zins-, Renten-, Gewinnantheil- und Erneuerungsscheine zu hinterlegen. Mit Werthpapieren kann Sicherheit nur in Höhe von drei Viertheilen des Curswerthes geleistet werden (§. 234). Wer durch Hinterlegung von Geld oder von Werthpapieren Sicherheit geleistet hat, ist berechtigt, das hinterlegte Geld gegen geeignete Werthpapiere, die hinterlegten Werthpapiere gegen andere geeignete Werthpapiere oder gegen Geld umzutauschen (§ 235). Mit einer Buchforderung gegen das Reich oder gegen einen Bundesstaat kann Sicher-

heit nur in Höhe von drei Viertheilen des Curswerthes der Werthpapiere geleistet werden, deren Aushändigung der Gläubiger gegen Löschung seiner Forderung verlangen kann (§ 236). Mit einer beweglichen Sache kann Sicherheit nur in Höhe von zwei Drittheilen des Schätzungswerthes geleistet werden. Sachen, deren Verderb zu besorgen oder deren Aufbewahrung mit besonderen Schwierigkeiten verbunden ist, können zurückgewiesen werden (§ 237). Eine Hypothekenforderung, eine Grundschuld oder eine Rentenschuld ist zur Sicherheitsleistung geeignet, wenn sie den Voraussetzungen entspricht, unter denen am Orte der Sicherheitsleistung Mündelgelder Hypothekenforderungen, Grundschulden oder Rentenschulden angelegt werden darf. Eine Forderung, für die eine Sicherheitshypothek besteht, ist zur Sicherheitsleistung nicht geeignet (§ 288). Ein Bürge ist tauglich, wenn er ein der Höhe der zu leistenden Sicherheit angemessenes Vermögen besitzt und seinen allgemeinen Gerichtsstand im Inlande hat Die Bürgschaftserklärung muss den Verzicht auf die Einrede der Vorausklage enthalten (§ 239).

Alle diese Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches sind für die freiwillige Caution selbstverständlich nur von ergänzender Bedeutung, d. h. *sie kommen zur Anwendung, wenn die Parteien sich nicht über die Art der Caution einigen, die Cautionspflicht selbst aber bindend abgemacht ist.* Neben diesen gesetzlich für zulässig erachteten Cautionen können daher im Verkehr noch die mannigfachsten Arten der Sicherheitsleistung und zwar sowohl der Verbalcautionen als auch der Realcautionen vorkommen. Vor Allem kann auch das mehrfach erwähnte *fiduciarische* Rechtsgeschäft (vgl. S. 398 ff. oben) dem Cautionszwecke dienen.[1])

In der Regel hat die Caution einen lediglich *accessorischen* Charakter und ihre Wirkung, beispielsweise das durch sie erlangte Pfandrecht, steht und fällt daher in der Regel mit demjenigen Anspruche, zu dessen Sicherstellung sie bestellt ist. Allein ihre Bestellung kann auch eine selb-

[1]) z. B. die sog. Securitätscession R.G. XXIV. nr. 31. XXX. nr. 80.

ständige, von dem wirthschaftlichen Zwecke unabhängige Bedeutung haben. Im römischen Rechte gab es zahlreiche derartige Cautionen mit constitutiver Function. Hierher gehörten vor Allem die vom Prätor indirect (durch Androhung oder Ausführung der *missio in possessionem*) erzwungenen Cautionen, z. B. die *cautio damni infecti*. In diesen Fällen begründet erst die Caution ein Recht dessen, zu dessen Gunsten sie erzwungen wird. Die Römer sagen daher von solchen Cautionen: *actionis instar habent*. Die prätorischen Cautionen des römischen Rechts sind heutzutage veraltet, die durch sie erzwungenen Verpflichtungen, z. B. Schadenshaftung für Schaden durch Einfall baufälliger Bauwerke beruhen jetzt auf Gesetz. Nach § 908 B.G.B. kann der Eigenthümer des bedrohten Grundstücks von demjenigen, den die Unterhaltungspflicht des bedrohlichen Bauwerks trifft, Vorkehrungen verlangen, die zur Abwendung der Gefahr erforderlich sind. — Doch dürfte die constitutive Function einer vom Gerichte als Bedingung einer Arrestverfügung gesetzten, also indirect erzwungenen Caution in dem Sinne anzuerkennen sein, dass darin die unbedingte Verpflichtung zum Ersatze des durch die Arrestanlegung erwachsenden Schadens im Falle der späteren Aufhebung des Arrestes wegen Unbegründetheit (*in casum succumbentiae*.) übernommen ist.[1])

[1]) Freilich hat das R.G. VII. S. 380ff. anders entschieden. Die Entscheidung entspricht aber nicht der Billigkeit und verkennt die historisch im gemeinen Rechte oben nachgewiesene Möglichkeit einer constitutiven Function der Caution.

Sachregister.

Die Zahlen bezeichnen die Seitenziffern.

A.

Abfindung 520.
Abfindungsverträge 522.
Abkürzung der Verjährungsfrist 564.
Abnutzbarkeit 286.
Absolutes Recht 5.
Absoluter Zwang 447.
Abstracte Rechtsgeschäfte 320, 485.
Accession 276, 309.
accidentalia negotii 336.
actio 533, 549. 552.
Actionensystem 549.
actio doli 440.
actio de tigno juncto 276.
actio in rem scripta 444.
actio quod metus causa 454.
actio rescissoria 454.
Active und passive Stellvertretung 480.
Adoption 43.
aestimatio taxationis causa 577.
Alimentationsrecht 43.
Alimentationsanspruch der unehelichen Kinder 55.
Analoge Ausdehnung 23.
Annahme an Kindesstatt 54.
Anfechtung 410.
Anfechtbarkeit 325, 326.
Anfechtungsklage 330.
animus derelinquendi 504.
animus possidendi 504.
Anschauungen des Verkehrs 426.
Anspruch 549, 553.
Anspruchsverjährung 561. 563.
Anstifter 470.
Antrag (Offerte) 347.
Arrest-Caution 582.
Aufforderung 347.
Aufgebotsverfahren 301.
Auflage 383.
Ausländische Währung 295.
Auslegung des Gesetzes 17.
Auslobung 505.
Ausübung der Rechte 529.
Authentische Interpretation 45.
Autonomie 13.
Aeusserungstheorie 351.

B.

Banknote 300.
Bedingung 358.
Berner Convention 46.
Beschränkungen der Rechtsfähigkeit 50.
Bestandtheile eines Grundstücks 272.
Bestätigung 321. 334.
Beweglichkeit 270.
Beweislast (bei der Bedingung) 378.
Bienenschwarm 267, 268.
bona fides 436.
Bote 464, 508.
Börsenplatz 295.
Briefmarken 300.
Bürgschaftsleistung 580.
Büreaukrat 551.

C.

Causalzusammenhang 539.
Cautionszwecke 578.
Cession 61.
Check 300.
Chikane 531.
Chikaneverbot 529.
Civilrechtlicher Nothstand 540.
Codex Maximilianeus 58.
Collectiv-Procura 480.
Collision der Statuten 47.
Commissionär 575.
Compensation des *dolus* 442.
Compulsiver Zwang 452.
Concludente Handlungen 341.
Concludente Stellvertretung 481.
Concurrenz der Klagen 554.
Concursus causarum lucrativarum 557.

Conditio casualis 363.
Constitutive Function der Caution 582.
Coupons 300.
Courswerth 293.
Convalescenz 331.
Convention (mit Brasilien) 56; deutschrussische 56.
Conventionalstrafe 578.
Conversio actus juridici 328, 398.

D.

decretum Divi Marci 546.
defensiones (Einwendungen) 558.
Delictsdolus 435.
Delictsobligationen 62.
depositum irregulare 302.
Derivativer Erwerb 311.
Deutsch-russische Convention 56.
Differenzklage 439.
Directe Stellvertretung 471.
doli exceptio generalis 478.
dolus causam dans 430.
dolus incidens 439.
Dolus im engeren Sinne 434.
Domicil des Gläubigers 60.
Domicil des Schuldners 60.
Domicilprincip 58.
Drohung 459.

E.

Ehelichkeit 42.
Ehescheidungsrecht 42, 64.
Eigenmacht 533.
Einkommen 280.
Einreden 526.
Einredethatsachen 560.
Einrede des Betrugs 315.
Einseitige Rechtsgeschäfte 317, 482.
Einwendungen 526, 558, 561.
Einwirkung (auf eine Sache) 541.
Electiv concurrirende Rechtsmittel 454.
Electricität 265.
Empfangsbedürftige Rechtsgeschäfte 318 (einseitige) 319.
Empfangsbevollmächtigter 508.
Empfangsorgan 480.
Empfangstheorie 351.
Entschuldbarkeit des Irrthums 433.
Erbrecht 44.
Erbvertrag 44.
Erfüllungsort 60.
Erfüllungsübernahme 520.
Erleichterung der Verjährung 564.
error causam dans 433.
„ *incidens* 433.
„ *in corpore* 408.
„ *in negotio* 408.
error in persona 408.
„ *in substantia* 424.
Ersatzmann 466, 512.
Ersitzung 561.
Essentialien 336, 338.
Exceptio 557.
exceptio doli generalis 493.

F.

Faktischer Theilnehmer 463.
falsus nuntius 512.
falsus procurator 471, 496.
Festnahme des flüchtigen Schuldners 547.
Ficticische Rückdatirung 371.
Fideicommiss 399.
Fiducia 401.
Fiduciarisches Rechtsgeschäft 398 ff.
Formelles Rechtsgeschäft 319 ff.
Fortbildung des Rechts 553.
Freiwillige Caution 581.
Fristsetzung 353.
fructus 279.
„ *civiles* 280.
„ *naturales* 280.
„ *pendentes* 280.
„ *percepti* 281.
„ *percipiendi* 281.
Früchte 279 (eines Rechts) 283.

G.

Gas 266.
Gebrauchswerth 289.
Gebundenheit des Antragenden 352.
Gefahr 541.
Gegenstand 266.
Geheime Mängel (erhebliche) 425.
Gehülfe 463, 464.
Geld 288.
Geldschuld 296.
Geldsortenschuld 296.
Gemeines Recht 4.
Generalvollmacht 490.
Gesammtnachfolge 310.
Geschäftsfähigkeit 52.
Geschäftsunfähigkeit 491.
Gesetz (im technischen Sinne) 8 ff.
Gesetzesumgehung 30.
Gesetzliche Vollmacht 488.
Gewohnheitsrecht 11 ff., 561.
Griechenland (Convention mit) 56.
Grundschuld 273.
Gutsinventar 278.
Güterrechtsverhältnisse 41.

H.

Haftung des Boten 510.
„ des Stellvertreters 497.

Handlungsfähigkeit 52 ff.
Handlungsbevollmächtigter 488.
Harmonie der Statuten 47.
Herde 267, 268.
Hemmung der Verjährung 566.
Herkommen 561.
Holschuld 298.
Hypnotismus 448.
Hypotheken 273.
Hypothetische Rechtssätze 32.

I.

Ideale Concurrenz 316, 322.
Illaten 346.
Immobilien 270.
Imperfecta lex 29 ff.
Impuberes 98.
Individuelle Rechtsgeschäfte 322.
infamia juris 145.
„ *facti* 146.
Inhaberpapiere 294.
Institor 488.
Intellectueller Urheber 470.
Interpretation (logische, grammatische) 17 ff.
Invecten 347.
Irrthum 402.
Irrthum als Ausschluss des Consenses 409.
Irrthum in den Motiven 421.
Irrthum über Eigenschaften 421 ff.
Juristische Personen 169 ff.

K.

Klage 533.
Klagencumulation 556.
Korn 291.
Konkurs des Vollmachtgebers 491, 493.
Körperlichkeit 265.
Kündigung 502.
Kundgebung des Vertretungswillens 480.
Kupfermünzen 292.

L.

Landesprivatrecht 6.
Lasten 282.
Lebensversicherung 520, 522, 524.
legis actio 533.
Legitimation eines unehel. Kindes 54.
Leibrentenverträge 522.
Leibzucht 520.
lex domicilii 57.
„ *fori* 60.
„ *loci actus* 62.
„ *loci contractus* 60, 65.
lex rei sitae 59.
„ *imperfecta* 29 ff.
„ *perfecta* 29 ff.
liberum arbitrium indifferentiae 460.

M.

Mahnung 502.
Mangel an Vertretungsvollmacht 497.
Mandatum cum libera 490.
Mediatisirte 14 ff.
Mentalreservation 342, 394.
Metallgeld 290.
metus majoris malitatis 456, 459.
„ *reverentialis* 457.
Mittelbare Stellvertretung 516, 466.
Mittelperson 464.
Mitwirkung bei einem Rechtsgeschäfte 463.
Mobilia ossibus inhaerent 57.
Mobilien 270.
Modus 383.
Motive 19, 339.
Münze 291.
Münzfuss 291.
Münzhoheit 291.
Münzregal 291.
Münzsorte 296.
Münzsurrogate 300.

N.

Nachlassverbindlichkeit 56.
Namenrecht 147 ff.
Nationalitätsprincip 58.
Nativität der Klage 565.
Natur der Sache 47.
naturalia negotii 336.
Naturalobligation 565.
Nebenpersonen 463.
Negativer Conflict 65.
Negatives Vertragsinteresse 312.
Nennwerth 292.
Nichtigkeit 325 ff.
Niessbrauch 283.
Nothhülfe 535.
Nothstand 533.
Nothwendige Bedingung 363.
Nothwendige Stellvertretung 468.
Nothwehr 533, 535.

O.

Objective Rechtswidrigkeit 539.
Objectivitätstheorie 335.
Occupation 309.
Offerte siehe Antrag.
Omissivhandlung 305.
opinio libertates 11.
„ *necessitatis* 11.

ordre public 63.
originäre Erwerbsnoten 309.
Ort der Erfüllung 60.
Ort der Handlung 62.

P.

Pandektenrecht 1.
Passirgewicht 292.
Passive Gebundenheit 500.
Passive Parteifähigkeit 51.
Papiergeld 299.
Privatpfändungsrecht 548.
Privatrecht, Begriff 1—3.
Privatautonomie 60.
Pertinenz 277.
Probabilität des Irrthums 430.
Processdolus 435.
Procura 488.
Protestation 343.
Psychischer Causalnexus 459.
Psychischer Zwang 448.
Putativnothwehr 534.
Punctationen 349.

Q.

quaestio facti 349.
qualité principale 427.
„ *accidentelle* 427.
quod metus causa, actio bezw. *exceptio* 454.

R.

Ratihabition 331.
„ eines Delicts 470.
Rationabilität 11.
Rechtserfolg des Geschäfts 29.
Rechtsfähigkeit 50.
Rechtsfolge der Handlung 306.
Rechtsgemeinschaft der civilisirten Völker 47.
Rechtsgeschäft 306.
Rechtsgeschäftlicher Wille 308.
Rechtsgeschäfte unter Lebenden 319.
„ von Todeswegen 319.
Rechtshandlung 461, 503.
Reflexwirkung 527.
Reichscivilrecht 67.
Reichskanzler 66.
Reichskassenscheine 299.
Reichsgoldmünzen 295.
Rein theoretischer Irrthum 417.
Resolutivbedingung 373, 364.
Res incorporalis 266.
Res succedit in locum pretii 270.
Rückverweisung 65.
Rückwirkung 381.
„ der Ratihabition 332.

S.

Sachbeschädigungsdelicte 534.
Sachenrecht 38.
Sachenrechtliche Fragen 57.
Sachindividuum 267.
Schadensersatzanspruch 446.
Schadensersatzpflicht ohne Verschulden 414.
Schätzung 577.
Scheidegeld 292.
Scheidemünzen 292.
Scheingeschäft 395.
Scherz 394.
Schiffe 273.
Schrot und Korn 291.
Schuldübernahme 521.
Schüttung 548.
Schwebezustand 381.
Schweigen als Annahme 345.
Schweigen als Zustimmung 344.
Selbstcontrahiren 506.
Selbsthülfe 533.
„ im engeren Sinne 546.
Selbstvertheidigung 534.
Serbien (Convention mit) 56.
Sicherheit des Verkehrs 392.
Sicherheitsleistung 577.
Singuläres Recht 23.
Singular-Succession 310.
Singularität des Rechtsinstituts 561.
Solennitätszeugen 462.
Specialvollmacht 489.
species 285.
Specification 309.
Staatsangehörigkeit 50, 55, 56.
Statthaftigkeit der Stellvertretung 468.
Statuta mixta 59.
„ *personalia* 50.
„ *realia* 57.
Statutentheorie 47.
Stellvertretung 356, 462.
„ bei Delicten 469.
Stempelgesetze 28.
Stiftungen 244 ff.
„ selbständige 245 ff.
„ unselbständige 245.
Stricti juris Contracte 438.
Submission 356.
Subsidiäres Recht 6, 32.
Substantielles Moment des subjectiven Rechts 68.
Substitutionsbefugniss 490.
Suspensivbedingung 365.
Südafrikanische Republik, Convention mit derselben 56.

T.

Tauschwerth 289.
Territorialitätsprincip 46.

Thatbestand 304.
Theilbarkeit 274.
Theilnahme Anderer am Rechtsgeschäft 462.
Theilungsklagen 562.
Todeserklärung 37, 51.
Tractate 349.
Treu und Glauben 478, 342.
Treuhänderverhältnisse 400.
Trust 400.

U.

Uebermittelungspflicht 297.
Ueberschreitung der Vollmacht 498.
Umfang einer Vollmacht 487, 489.
Unbeweglichkeit 470.
Unechter Irrthum 403.
Uneigentliche Bedingung 386.
universitas bonorum 244 ff.
„ *juris* 269.
„ *personarum* 193 ff.
„ *rerum distantium* 267.
„ „ *cohaerentium* 267.
Unterbrechungsgründe der Verjährung 570.
Untergang der Corporation 221 ff.
Unterlassungshandlungen 305.
Unterscheidung der Nothwehr vom Nothstande 540.
Unterschied zwischen factischen Irrthum und Rechtsirrthum 415.
Untheilbarkeit 274.
Unwesentliche Bestandtheile 277.
Usucapion 309.

V.

Veräusserung 313.
Verbot der rückwirkenden Kraft 33.
Verbrauchbarkeit 286.
Vereine 193 ff.
Verfügungsmacht 312.
Verfügung von Todes wegen 44.
Verhandlungsprotokolle 19.
Verhören 407.
Verjährung der Forderung 62.
Verjährungsgesetze 38, 40.
Verjährung der Litispendenz 573.
Verjährungsfristen des Bürgerlichen Gesetzbuchs 573.
Verkehrsanschauung 429.
Verkehrsdolus 435.
Verkehrssicherheit 52.
Verkehrssitte 345.
Verkehrsunfähige Sache 304.
Vermögensrechtliche Folgen der Eheschliessung 64.
Vernehmungstheorie 350.
Verschollenheit 51.
Versehen 405, 426.
Versprechen 405.
Vertheidigung gegen gefahrdrohende Sachen 536.
Vertrag 317.
Vertragsobligation 59.
Vertretung bei einseitigen Rechtsgeschäften 500 ff.
Vertretung ohne Vertretungsmacht 501.
Vertretungsvollmacht 483.
Verwechseln 406.
Verzicht 313 ff.
Völkerrechtliche Verträge 45.
Volljährigkeit 36.
Vollmacht 471, 483.
Vollmachtsertheilung 484.
Vollmachtsurkunde 496.
Voraussetzung 386.
Vormundschaftsrecht 57.
Vorvertrag 348.

W.

Wahrscheinlichkeit 430.
Währung 291.
Wechsel 300.
Wechsel der Staatsangehörigkeit 64.
Wesen der Dinglichkeit 269.
Wesen des Rechtsgeschäfts 308.
Werth 289.
Werthpapiere 299, 288.
Wiedervergeltung 66.
Willenserklärung 390, 482.
Willensmacht 68.
Willensmängel 479.
Windbruch 283.
Wissen und Wissenmüssen des Vertretenen 473.
Wohlerworbene Rechte 35. 50.
Wohlerworbene Statusrechten 53.

Z.

Zahlungsmittel 291.
Zeitbestimmung 379.
Zubehör 277.
Zwangserziehung 43.
Zweiseitige Rechtsgeschäfte 317.
Zwingendes Recht 27.

Druckfehlerverzeichniss.

Seite 7 Zeile 3 v. u. steht *code „civile“* anstatt *code „civil“*
„ 7 „ 22 „ o. „ „v. Mandri“ anstatt „v. Mandry“
„ 37 „ 11 „ o. „ „Familienrechts“ anstatt „Familienrathes“
„ 38 „ 19 „ o. „ „der“ B.G.B. anstatt „des“ B.G.B.
„ 40 „ 5 „ u. „ „ablaufende“ anstatt „ab“ „laufende“
„ 44 „ 15 „ o. „ „letztwilligen“ anstatt „letztwillig“
„ 47 „ 10 „ o. fehlen die Worte „die Geltung“
„ 52 „ 13 „ o. steht „Art. 10“ anstatt „Art. 9“
„ 61 „ 17 „ u. „ wenn gar „kein“ anstatt wenn gar „keine“
„ 62 „ 5 „ o. „ so „zweifelhafte“ Frage anstatt so „zweifelhaften“ Frage
„ 65 „ 19 „ u. „ „Art. 18“ anstatt „Art. 27“
„ 66 „ 9 „ o. „ „Art. 30“ anstatt „Art. 31“
„ 70 „ 19 „ u. „ ganz „falsch“ Theorie anstatt ganz „falsche“ Theorie
„ 76 „ 2 „ o. „ „den“ Privatrechtsfähigkeit anstatt „der“ Privatrechtsfähigkeit
„ 77 „ 5 „ u. fehlt das Wort „lassen“
„ 80 „ 3 „ u. steht „das“ dasselbe anstatt „dass“ dasselbe
„ 83 „ 9 „ o. „ „erhaltene“ Beschränkungen anstatt „erhaltenen“ Beschränkungen
„ 96 „ 3 „ o. „ „gemeinrechliche“ anstatt „gemeinrechtliche“
„ 97 Anm. 1 Zeile 1 steht „v. Mandri“ anstatt „v. Mandry“
„ 98 Zeile 3 v. o. steht „wir“ die anstatt „wie“ die
„ 110 „ 17 „ o. „ „generelles“ anstatt „genereller“
„ 114 „ 8 „ o. „ „v. Mandri“ anstatt „v. Mandry“
„ 137 „ 12 „ u. „ „v. Mandri“ anstatt „v. Mandry“
„ 140 „ 7 „ o. „ öffentliche „Rechten“ anstatt öffentliche „Rechte“
„ 145 „ 3 „ u. „ „infam“ mit liegenden Lettern anstatt mit stehenden Lettern
„ 146 „ 5 „ u. „ „v. Mandri“ anstatt „v. Mandry“
„ 154 „ 3 „ u. „ „öffentlichen“ anstatt „öffentlichem“
„ 158 „ 14 „ o. „ „der“ äussere anstatt „die“ äussere
„ 182 „ 15 „ o. „ zu „besitzen“ anstatt zu „schützen“
„ 186 „ 8 „ u. „ *et ideo „sine“* anstatt *et ideo „sive“*
„ 202 „ 16 „ u. „ *D. „cod.“* 50 anstatt *D „eod.“* 50
„ 202 „ 13 „ u. „ *si „omnis“* anstatt *si „omnes“*
„ 206 „ 12 „ u. „ alle „anderen“ Aemter anstatt „einzelnen“
„ 212 im Text 5. Zeile v. u. fehlt vor Wort eine Klammer
„ 215 Zeile 14 v. u. steht „deklaratische“ anstatt „deklaratorische“
„ 216 „ 3 „ u. „ kann „er“ anstatt kann „es“
„ 233 „ 5 „ u. „ Singlursuccession anstatt Singularsuccession
„ 234 „ 14 „ u. „ dadurch „da“ anstatt dadurch „dar“
„ 235 „ 18 „ u. „ „Bürgschaft“ anstatt „Körperschaft“
„ 251 „ 6 „ u. „ nur Glieder ihrer anstatt nur „vermöge ihrer Eigenschaft als“ Glieder ihrer
„ 254 „ 1 „ u. „ durch „Rechtsgeschäft“ anstatt durch „Rechtsgeschäfte“
„ 262 „ 18 „ o. fehlt das Wort „fortbestehen“
„ 262 „ 6 „ u. steht folgendes „Argunaut“ anstatt folgendes „Argument“
„ 264 „ 4 „ u. „ *vestis aurum,* anstatt *„vestis, aurum“*
„ 264 „ 30 „ o. „ mit einem Begriffe anstatt „um einen Begriff“
„ 292 „ 1 „ o. „ 50 *M.* anstatt 20 *M.*
„ 341 „ 12 „ o. „ „subjective“ anstatt „objective“
„ 504 „ 1 „ u. „ *leger* anstatt *lege*

SBB013401152008

Bayerische StaatsBibliothek
Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Kuhlenbeck, Ludwig,

Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch eine dogmatische Einführung in das Studium des bürgerlichen Rechts

Bd.: 1

1898

Bamberg, Staatsbibliothek -- J.enc.o.50-a(1
urn:nbn:de:bvb:12-bsb11838263-5